

**KONZERNEIGENTUMSVORBEHALT UND
KONZERNVERRECHNUNGSKLAUSEL ALS SICHERHEITEN
DES KONZERNGEBUNDENEN WARENLIEFERANTEN**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

STEPHAN REINERS
aus Duisburg

1986



**KONZERNEIGENTUMSVORBEHALT UND
KONZERNVERRECHNUNGSKLAUSEL ALS SICHERHEITEN
DES KONZERNGEBUNDENEN WARENLIEFERANTEN**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

STEPHAN REINERS
aus Duisburg

1987

Erster Berichterstatter: Professor Dr. Kollhoser

Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Dörner

Dekan: Professor Dr. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 4. Februar 1986

Gliederung

	<u>Seite</u>
<u>Erster Teil: Der KEV</u>	6
<u>Erster Abschnitt: Vereinbarung eines KEV im Individualvertrag</u>	6
<u>I. Einführung</u>	6
1. Stellung des KEV im System des Eigentumsvorbehaltes	6
2. KEV mit Erweiterung auf der Schuldnerseite	9
3. KEV mit Erweiterung auf der Gläubigerseite	10
<u>II. Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung eines KEV</u>	12
1. Zulässigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes allgemein	12
a. Die Rechtsprechung zum erweiterten Eigentumsvorbehalt	12
b. Die Literatur zum erweiterten Eigentumsvorbehalt	15
c. Stellungnahme	16
2. Die Literatur zum KEV	19
3. Stellungnahme	21
a. Auslegung der Klausel	22
aa. Der Begriff des Konzerns	22
bb. Die Behandlung nachträglich in den Konzern eingetretener Unternehmen	23
cc. Der Begriff der künftigen Forderungen	24
(1) Auslegungsbedürftigkeit der Klausel	24
(2) Ergebnis der Auslegung	26
b. Bestimmbarkeitsgebot als institutionelle Schranke des KEV	29

	<u>Seite</u>
c. Sittenwidrigkeit des KEV	30
aa. Schwierigkeiten für den Konkursverwalter bei der Erfüllungswahl nach § 17 KO	30
bb. Unsicherheit auf dinglicher Ebene	33
cc. Sittenwidrigkeit wegen Mißbrauchs der Vertrags- freiheit durch Einbeziehung Dritter	35
dd. Sittenwidrigkeit wegen der Gefahr der Übersicherung	36
ee. Sittenwidrigkeit wegen der Gefahr der Täuschung Dritter	38
ff. Sittenwidrigkeit wegen der Entbindung des Verkäufers von seiner Übereignungsverpflichtung	40
gg. Sittenwidrigkeit wegen der Einengung der wirt- schaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers	41
<u>Zwischenergebnis</u>	43
d. Kollision des verlängerten KEV mit der Globalzession	43
e. Zulässigkeit inhaltlich abweichender vertraglicher Ausgestaltungen des KEV	46
aa. Begrenzung der Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Kaufpreiszahlung	47
bb. Erweiterung der Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen	47
(1) Verstoß gegen das Bedingungsrecht	48
(2) Bestimmbarkeitsgebot als institutionelle Schranke des KEV	49
(3) Sittenwidrigkeit des KEV	50
(a) Schwierigkeiten für den Konkursverwalter bei der Erfüllungswahl nach § 17 KO	50
(b) Unsicherheit auf dinglicher Ebene	51
(c) Sittenwidrigkeit wegen der Einbeziehung Dritter und der Gefahr der Übersicherung	51
(d) Sittenwidrigkeit wegen der Gefahr der Täuschung Dritter	52

	<u>Seite</u>
(e) Sittenwidrigkeit wegen der Entbindung des Verkäufers von seiner Übereignungsverpflichtung	52
(f) Sittenwidrigkeit wegen der Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers	53
cc. Erweiterung der Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen aus einem Sachzusammenhang	54
dd. Vereinbarung eines auf alle künftigen Forderungen erweiterten KEV in Verbindung mit einer Veräußerungsermächtigung	56
<u>Ergebnis zum ersten Abschnitt</u>	57
<u>Zweiter Abschnitt: Vereinbarung eines KEV in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers</u>	59
<u>I. Einführung</u>	59
<u>II. § 3 AGBG; Einbeziehung des KEV in den Vertrag</u>	62
1. Systematische Stellung und Gesetzeszweck	62
2. Prüfung am Maßstab des § 3 AGBG	63
a. Inhalt des KEV	65
b. Kaufmännischer Erwartungshorizont bezüglich des Warenlieferungsvertrages	65
c. Überraschungscharakter des KEV	67
<u>Ergebnis</u>	74
<u>III. §§ 4, 5 AGBG; Bestimmung der Reichweite des wirksam einbezogenen KEV</u>	75
1. § 4 AGBG; Vorrang der Individualabrede	75

	<u>Seite</u>
a. Systematische Stellung des § 4 AGBG	75
b. Verdrängung des KEV durch den Warenlieferungsvertrag	78
aa. Direkter Widerspruch zwischen Warenlieferungs- vertrag und KEV	79
bb. Mittelbarer Widerspruch des KEV gegen den Warenlieferungsvertrag	80
cc. Erweiterung des Funktionsbereichs des Waren- lieferungsvertrages durch den KEV	83
<u>Ergebnis</u>	83
2. § 5 AGBG; Unklarheitenregel	85
a. Systematische Stellung und Kriterien der Auslegung	85
b. Auslegung des KEV	88
aa. Der Begriff der künftigen Forderungen	88
bb. Der Begriff des Konzerns	92
<u>Ergebnis</u>	93
<u>IV. Inhaltskontrolle des KEV anhand von § 9 AGBG</u>	94
1. Systematische Stellung und Bedeutung der Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG	94
2. Subsumtion des KEV unter § 9 AGBG	97
a. Unangemessene Benachteiligung durch die Einbeziehung Dritter in die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes	97
b. Begrenzung der Reichweite des KEV auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang	100
c. Unangemessenheit des KEV wegen des Hinausschiebens der Übereignungsverpflichtung des Verkäufers	103
d. Unangemessenheit des KEV wegen der Einengung der wirt- schaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers	104

	<u>Seite</u>
<u>Zwischenergebnis</u>	105
3. Andere Gestaltungsmöglichkeiten des KEV	105
a. Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung der Kaufpreisforderung	105
b. Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen	106
c. Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen bei gleichzeitiger Einräumung einer Veräußerungsermächtigung	107
<u>Ergebnis zum zweiten Abschnitt</u>	109
<u>Dritter Abschnitt: Auswirkungen der Vereinbarung eines KEV im Konkurs des Vorbehaltsskäufer</u>	110
<u>I. Einführung</u>	110
<u>II. Konkursrechtliche Wirkungen des KEV</u>	110
1. Sachenrechtliche Auswirkungen	111
2. Schuldrechtliche Auswirkungen	113
a. Generelle Anwendbarkeit des § 17 KO auf Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt	113
b. Schaffung eines Verbundvertrages durch die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes	115
aa. Möglichkeit der Vereinbarung eines Verbundvertrages durch den Vorbehaltsverkäufer	115
bb. Auslegung der Erweiterungsklausel	118
<u>Ergebnis</u>	120
c. Konsequenzen der Entscheidung des Konkursverwalters gem. § 17 KO	121

	<u>Seite</u>
aa. Rechtslage nach vollständiger Tilgung der Kaufpreisforderung aus dem Vorbehaltskauf im Zeitpunkt der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vorbehaltskäufers	121
bb. Rechtslage vor vollständiger Tilgung der Kaufpreisforderung aus dem Vorbehaltskauf im Zeitpunkt der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vorbehaltskäufers	124
(1) Erfüllungswahl des Konkursverwalters	124
(2) Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters	127
<u>Ergebnis zum dritten Abschnitt</u>	128
<u>Zweiter Teil: Die KVK</u>	130
<u>Erster Abschnitt: Vereinbarung einer KVK im Individualvertrag</u>	130
<u>I. Einführung</u>	130
1. Der Begriff des Konzerns	130
2. Die rechtliche Konstruktion der KVK	131
a. Gesetzliche Möglichkeiten der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten bzw. gegen die Schuld eines Dritten	131
aa. Die KVK in Verkaufsbedingungen	131
bb. Die KVK in Einkaufsbedingungen	132
b. Vertragliche Vereinbarung der Tilgungsmöglichkeit der Schuld eines Dritten durch Aufrechnung bzw. der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten	132
aa. Mögliche Formen des Aufrechnungsvertrages	133
bb. Subsumtion der KVK	135
cc. Ausgestaltung des Aufrechnungsvorvertrages	137

	<u>Seite</u>
<u>II. Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung einer KVK</u>	137
<u>Ergebnis zum ersten Abschnitt</u>	138
<u>Zweiter Abschnitt: Vereinbarung einer KVK in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers</u>	139
<u>I. Einführung</u>	139
<u>II. Einbeziehung; § 3 AGBG</u>	139
<u>III. Auslegung; §§ 4 und 5 AGBG</u>	140
1. Vorrang der Individualabrede; § 4 AGBG	140
2. Unklarheitenregel; § 5 AGBG	140
<u>IV. Inhaltskontrolle der KVK anhand von § 9 AGBG</u>	141
1. Erweiterung des Funktionsbereichs des Individualvertrages	141
2. Unangemessene Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger	143
3. Fehlende Benennung der begünstigten Konzernangehörigen	144
4. Wirtschaftliche Benachteiligung des Vertragspartners	145
<u>Ergebnis zum zweiten Abschnitt</u>	149
<u>Dritter Abschnitt: Auswirkungen der Vereinbarung einer KVK im Konkurs des Vertragspartners</u>	150
<u>I. Rechtsprechung und Literatur</u>	150



	<u>Seite</u>
<u>II. Stellungnahme</u>	156
1. Konkursrechtliche Unwirksamkeit der KVK entsprechend § 55 KO	156
a. Regelungsgehalt des § 55 KO	157
b. Vergleich mit der rechtlichen Struktur einer KVK	158
aa. KVK in Einkaufsbedingungen	158
bb. KVK in Verkaufsbedingungen	160
(1) Kein Entstehen der Gegenforderung nach Konkurseröffnung	162
(2) Analogie zur Wirkung der Aufrechnungserklärung	163
<u>Ergebnis</u>	166
2. Konkursrechtliche Anfechtbarkeit einer KVK in Verkaufsbedingungen	166
a. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln	167
b. Voraussetzungen der Anfechtbarkeit	168
aa. § 30 Nr. 2 KO	168
bb. § 31 Nr. 1 KO	169
<u>Ergebnis zum dritten Abschnitt</u>	170
<u>Gesamtergebnis</u>	171

Abkürzungsverzeichnis

Die im folgenden nicht ausdrücklich aufgeführten Abkürzungen
finden sich im

Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis
der Rechtssprache, 3. Aufl., Berlin 1983,

sowie im

Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache
und der Fremdwörter, 19. Aufl., Mannheim, Wien,
Zürich 1986.

KEV Konzerneigentumsvorbehalt

KVK Konzernverrechnungsklausel

Literaturverzeichnis

- Baur Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen. Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht; 4. Aufl., Heidelberg und Karlsruhe 1980
- Behr Eigentumsvorbehalt und verlängerter Eigentumsvorbehalt bei Warenlieferungen in die Schweiz, RIW/AWD 1978, 489
- Bley Der erstreckte Eigentumsvorbehalt, ZAKDR 1937, 41
- ders. Vergleichsordnung; Kommentar; 2. Aufl. Berlin 1955
- Bley-Mohrbutter Kommentar zur Vergleichsordnung; Band 1: §§ 1 - 81, 4. Aufl., Berlin/New York 1979
- Böhle-Stamschräder Konkursordnung; Bearbeitet von J. Kilger, 14. Aufl., München 1983
- Börner Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961, 1505
- Brandner Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162 (1963), 237
- Braun Kontokorrentvorbehalt und Globalvorbehalt; Heidelberg 1980
- Brodmann Die Lehre von Girovertrag, ZHR 48 (1899), 121
- Brych Die Konzernverrechnungsklausel - ein Skontraktionsvertrag; Diss. jur., München 1969
- von Caemmerer Umstellungsfragen, SJZ 1949, 816
- Coing Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in Umstellung und Konkurs, NJW 1952, 48

- Dietlein-Rebmann AGB aktuell; Köln 1977
- Dittmann-Stahl Allgemeine Geschäftsbedingungen; Kommentar für den Geschäftsverkehr in Handel, Industrie, Handwerk und Dienstleistungsgewerbe, Wiesbaden und Berlin 1977
- Drobnig Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. DJT 1976
- Emmerich Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1972, 361
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 1. Band, 7. Aufl., Münster 1981
- Faigle Der erweiterte Eigentumsvorbehalt; Diss. jur., Tübingen 1939
- Fehl Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Heidelberg 1979
- Flume Die Einbeziehung von Unternehmen im Mehrheitsbesitz ohne einheitliche Leitung ind den Konzernabschluß, DB 1968, 1011
- ders. Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 841
- Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropf Aktiengesetz; Band I, §§ 1 - 22: München 1973
- Großkommentar zum HGB Handelsgesetzbuch; Band III, §§ 343 - 372 (Canaris), 3. Aufl. Berlin/New York 1978; Band IV, §§ 373 - 376 (Würdinger-Röhricht), 3. Aufl. Berlin 1970
- Häsemeyer Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507
- Heinze Inhaltskontrolle Allgemeiner Einkaufsbedingungen, NJW 1973, 2182

- | | |
|-----------------------------------|--|
| Henseler | Der Kontokorrentvorbehalt im Vergleichs- und Konkursverfahren des Vorbehaltskäufers, NJW 1963, 845 |
| Herling | Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit; Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien Heft 68, 1932 |
| Hess-Kropshofer | Kommentar zur Konkursordnung; Darmstadt 1982 |
| Hofmann, Paul | Der verlängerte Eigentumsvorbehalt als Mittel der Kreditsicherung des Warenlieferanten; Diss. jur. Mainz 1960 |
| Honsell, Heinrich | Aktuelle Probleme des Eigentumsvorbehalts, JuS 1981, 705 |
| Jacusiel | Der Eigentumsvorbehalt; Berlin 1932 |
| Jaeger | Konkursordnung; 8. Aufl., bearbeitet von Lent und Weber; Band I, §§ 1 - 70, Berlin 1958 |
| ders. | Konkursordnung; 9. Aufl., bearbeitet von Henckel und Weber; Band I, 2. Lieferung, §§ 10 - 18, Berlin/New York 1979 |
| Jauernig | Bürgerliches Gesetzbuch; 2. Aufl., München 1981 |
| Joussen | Konzernverrechnungsklauseln; Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 3.6.1981 - VIII ZR 171/80, ZIP 1982, 279 |
| Kilger | Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142 |
| Koch-Stübing | Allgemeine Geschäftsbedingungen; Neuwied und Darmstadt 1977 |
| Kölner Kommentar zum Aktiengesetz | Band I, §§ 1 - 53 (Biedenkopf - Koppensteiner), Ingolstadt 1970 |
| Kuhn | Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht, WM 1971, 1038 |
| ders. | Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs, WM 1972, 206 |
| Künne | Außergerichtliche Vergleichsordnung; 7. Aufl., München 1968 |

- | | |
|---------------------|--|
| Münchener Kommentar | zum Bürgerlichen Gesetzbuch;
Band I, Allgemeiner Teil, 1978, 2. Aufl. 1984,
Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1979,
Band III, 1. Halbband, Schuldrecht Besonderer
Teil, 1980,
Band IV, Sachenrecht, 1981 |
| Neuschäffer | Der Eigentumsvorbehalt in der neuen
Vergleichsordnung,
JW 1935, 3516 |
| Obermüller | Bestellung von Kreditsicherheiten an einen
Treuhänder,
DB 1973, 1833 |
| von Oertmann | Anmerkung zu KG JW 1928, 2563 |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch; 44. Aufl., München 1985 |
| Pfeiffer - Franken | Die Rechtsgültigkeit von Konzernverrechnungs-
klauseln,
NJW 1960, 1977 |
| Raiser, Ludwig | Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen;
Bad Homburg 1935 |
| Rasch | Deutsches Konzernrecht; 5. Aufl., Köln/Berlin/
Bonn/München 1974 |
| Rehbinder | Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht;
Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969 |
| Reich | Reform der Kreditsicherung,
JZ 1976, 463 |
| Reinicke - Tiedtke | Kaufrecht; Neuwied 1982 |
| RGRK | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer
Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichs-
gerichts und des Bundesgerichtshofs; 12. Aufl.,
Berlin/New York,
Band II, 1. Teil, 1976,
Band III, 1. Teil, 1979 |
| RGRK-HGB | Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher heraus-
gegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts;
1. Aufl., 3. Band, Berlin 1941 |
| Rühl | Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft;
Berlin 1930. |

- Sambuc Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB, NJW 1981, 313
- Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch; Band IV, 5. Aufl., Berlin/Frankfurt a.M. 1976
- Schlösser/Coester-Waltjen/Graba Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Bielefeld 1977
- Schmidt-Salzer Allgemeine Geschäftsbedingungen; 2. Aufl., München 1977
- Schütz Die Konzernverrechnungsklausel, DR 1941, 1519
- Serick Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung; Heidelberg; Band I, Der einfache Eigentumsvorbehalt, 1963, Band IV, Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung - Erster Teil, 1976, Band V, Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung - Zweiter und Dritter Teil, 1982
- ders. Erweiterungsvorbehalt und Kontokorrentvorbehalt im Konkurs des Vorbehaltskäufers, BB 1978, 1477
- ders. Bemerkungen zum Konzernvorbehalt; Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung. Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag, S. 145, Berlin 1980
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; Band II, Schuldrecht 1, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Berlin; Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse; Einleitung zu §§ 241 ff.; §§ 241, 242; Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 12. Aufl., 1983; §§ 433 - 580a, 12. Aufl., 1978; II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 d, §§ 328 - 432, 10./11. Aufl., 1978

Stein	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977
Thamm	Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz, BB 1978, 20
Trinkner	Vorrang der Individualabrede bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen; liber amicorum Ernst J. Cohn, S. 191, Heidelberg 1975
Ulmer-Brandner-Hensen	AGB-Gesetz; 4. Aufl., Köln 1982
Walb	Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs, DB 1953, 577
Weber, Hansjörg	Sicherungsgeschäfte; 2. Aufl., München 1977
Westermann, H. P.	Konzernverrechnungsklauseln, Sonderbeilage Nr. 3 der WM vom 18. Januar 1986
Graf von Westphalen	Eigentumsvorbehaltsklauseln unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes, DB 1977, 1637 und 1685
Witte	Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen; Diss. jur., Münster 1984
Wolf-Horn-Lindacher	AGB-Gesetz; München 1984

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit zwei Rechtsinstituten, die der Sicherung des konzerngebundenen Warenkreditgebers dienen: Konzerneigentumsvorbehalt (KEV) und Konzernverrechnungsklausel (KVK). Zum Ausgangspunkt der Überlegungen wurde dabei der folgende Fall gemacht:

Ein konzernangehöriges Unternehmen liefert dem Käufer Waren unter Stundung des Kaufpreises, gewährt also einen Warenkredit. Der Kreditgeber verlangt hierfür in der Regel eine Sicherheit; denn nur in Ausnahmefällen werden bereits die persönlichen Eigenschaften des Kreditnehmers eine ausreichende Gewähr für die Erfüllung der ihm obliegenden Leistungsverpflichtung darstellen. Hinzu kommt, daß selbst der solideste und gewissenhafteste Kaufmann nicht vor äußeren - konjunkturbedingten - Einflüssen gefeit ist, welche seine Solvenz gefährden können. Zur Lösung dieser wirtschaftlichen Problemstellung steht eine Vielzahl von Kreditsicherungsinstituten bereit. Zu nennen sind hier aus dem Bereich der Personensicherheiten die Bürgschaft sowie die bürgschaftsähnlichen Sicherungsformen der Schuldmitübernahme und der Garantie. Bei den Sachsicherheiten ist nach dem Sicherungsmittel weiter zu differenzieren: Bei den beweglichen Sachen kommt das Pfandrecht, das Sicherungseigentum und der Eigentumsvorbehalt in Betracht; auch an Rechten kann ein Pfandrecht bestellt bzw. sie können zur Sicherheit abgetreten werden; aus dem Bereich der Immobiliarsicherheiten sind schließlich die Hypothek und die Grundschuld zu nennen. Keines dieser Sicherungsinstitute ist jedoch speziell auf die Besonderheit des oben dargestellten Ausgangsfalls zugeschnitten: die Konzernangehörigkeit des Warenlieferanten.

Diese Konzernzugehörigkeit des Warenlieferanten ist Anknüpfungspunkt für die vorliegende Arbeit. Hat nämlich ein oder haben mehrere mit dem Lieferanten konzernmäßig verbundene Unternehmen mit dem Abnehmer ebenfalls geschäftliche Beziehungen, so wirkt sich dies auf die wirtschaftlichen Interessen des Warenkreditgebers in zweifacher Hinsicht aus:

Erstens liegt es im Konzerninteresse, wenn die auf Kredit gelieferte Ware nicht nur die Kaufpreisforderung sichert - wie das beim einfachen Eigentumsvorbehalt der Fall ist -, sondern diese Sicherung ausgedehnt wird auf sämtliche Forderungen des Konzernverbundes gegen den Abnehmer. Für diesen Fall bietet sich die Vereinbarung eines KEV an: Hierbei handelt es sich um die Erweiterung des einfachen Eigentumsvorbehaltes auf die Forderungen anderer Konzernunternehmen gegen den Abnehmer; dadurch bleibt auch den mit dem Lieferanten konzernmäßig verbundenen Unternehmen die Kaufsache als Sicherheit erhalten. Eine solche KEV - Klausel hat etwa folgenden Wortlaut:

"... Die Ware bleibt Eigentum des Verkäufers bis zur Zahlung sämtlicher bestehender und künftiger Forderungen des Verkäufers oder eines seiner konzernangehörigen Unternehmen gegen den Käufer."

Bei der Untersuchung dieses Rechtsinstituts wird der Schwerpunkt auf der Beantwortung der Frage liegen, ob und in welchen Grenzen der KEV individualvertraglich vereinbart werden kann. Im Anschluß daran wird zu prüfen sein, ob das AGB-Gesetz einem KEV, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart ist, zusätzliche Grenzen zieht. Schließlich muß festgestellt werden, welche Rechte der KEV im Falle des Käuferkonkurses dem Warenlieferanten bzw. dessen Konzernmitgliedern gewährt, inwieweit er also "konkursfest" ist.

Zweitens stellt es für den Lieferanten selbst einen Vorteil dar, seine Kaufpreisforderung mit Forderungen des Abnehmers gegen andere konzernangehörige Unternehmen verrechnen zu können; auf dem Wege eines konzerninternen Ausgleichs erhält er dann die entsprechende Summe Geldes, ohne von der Solvenz des Abnehmers abhängig zu sein. In diesem Fall bietet sich die Vereinbarung einer KVK an: Hierbei handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, kraft dessen der Lieferant die Möglichkeit erhält, seine Kaufpreisforderung durch Aufrechnung zu befriedigen; die Hauptforderung des Abnehmers ist dabei eine solche gegen ein anderes Unternehmen aus dem Konzernverbund des Warenkreditgebers.

Die KVK kann sowohl in den Verkaufsbedingungen des Warenlieferanten als auch in den Einkaufsbedingungen eines konzernangehörigen Unternehmens vereinbart werden. In den Verkaufsbedingungen hat sie etwa folgenden Wortlaut:

"... Dem Verkäufer wird das Recht eingeräumt, sich für die Kaufpreisforderung durch Aufrechnung gegen Forderungen zu befriedigen, die dem Käufer gegen den Verkäufer oder gegen ein mit dem Verkäufer konzernmäßig verbundenes Unternehmen zustehen."

Eine in Einkaufsbedingungen vereinbarte KVK lautet etwa wie folgt:

"... Dem Käufer wird das Recht eingeräumt, die Kaufpreisforderung des Verkäufers durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung oder mit der Forderung eines seiner konzernangehörigen Unternehmen zu tilgen."

Bei der Untersuchung der beiden Formen der KVK wird nach ihrer rechtlichen Einordnung ebenfalls genauer auf ihre Verträglichkeit mit dem AGB-Gesetz eingegangen werden. Ein weiterer Schwerpunkt wird dann auf der Beantwortung der Frage liegen, ob und unter welchen Voraussetzungen

eine wirksam vereinbarte KVK auch im Konkurs des Schuldners Rechtswirkungen zugunsten des Warenlieferanten entfaltet.

Gemeinsam ist den beiden zu untersuchenden Sicherungsinstituten: Der Konzernverbund des Warenlieferanten - als wirtschaftliche Einheit - wird in das Sicherungsgeschäft in einer Weise einbezogen, die seine rechtliche und wirtschaftliche Stellung gegenüber dem Abnehmer verbessert. Die Bedeutung dieser Möglichkeit ergibt sich aus dem gesamtwirtschaftlichen Hintergrund: dem sogenannten "Wettlauf der Kreditgeber"¹⁾. Dieser findet zwischen den Warenkreditgebern auf der einen und den Geldkreditgebern auf der anderen Seite mit dem Ziele statt, sich im Falle des Käuferkonkurses eine möglichst umfassende Sicherung zu verschaffen. Dieser Wettlauf ist deshalb besonders unerbittlich, weil eine quotenmäßige Teilung des Sicherungsgutes vom Bundesgerichtshof abgelehnt wird²⁾ und demzufolge das "Alles oder Nichts-Prinzip" gilt. Da aber keine Seite mit dem "Nichts" vorlieb nehmen möchte, sind in der Vergangenheit eine Reihe von Sicherungsinstituten entwickelt worden, die dem jeweiligen Anwender der anderen Partei gegenüber einen Vorteil verschaffen sollen. Zu nennen sind hier vor allem die Globalzession auf der einen und die Ausdehnungsformen des Eigentumsvorbehaltes auf der anderen Seite. Für den Warenlieferanten bieten sich dabei - sofern er in einem Konzernverbund steht - eben auch die beiden hier zu untersuchenden Institute an.

Die Ergebnisse der folgenden Studie werden die Frage zu beantworten helfen, ob KVK und KEV dem konzerngebundenen

1) Brych, KVK, S. 7.

2) BGH Z. 32, 361 (364).

Warenlieferanten tatsächlich Möglichkeiten bieten, sich den Geldkreditgebern gegenüber einen wirtschaftlichen Vorsprung zu verschaffen. Die Untersuchung wurde dabei auf den Rechtsverkehr unter Kaufleuten beschränkt; denn nur in diesem Bereich haben KEV und KVK eine wirtschaftliche Bedeutung und finden daher auch nur dort Verwendung.

Erster Teil: Der KEV

Erster Abschnitt: Vereinbarung eines KEV im Individualvertrag

I. Einführung

1. Stellung des KEV im System des Eigentumsvorbehaltes

Der KEV stellt eine der vielfältigen Möglichkeiten der Ausdehnung des Eigentumsvorbehaltes dar. Es handelt sich dabei um eine horizontale Erweiterung des Begünstigtenkreises auf die einbezogenen Konzernmitglieder. Erreicht werden soll dadurch, daß nach Zahlung des Kaufpreises für die gelieferte Ware der Eigentumserwerb beim Abnehmer zusätzlich solange aufgeschoben wird, bis die Forderungen sämtlicher Konzernunternehmen befriedigt sind. Das Sicherungsmittel ist also die gelieferte Ware; die zu sichernde Forderung ist zunächst die Kaufpreisforderung, nach deren Erlöschen die Forderungen sämtlicher Konzernunternehmen gegen den Abnehmer.

Der einfache Eigentumsvorbehalt, der eine ansatzweise Regelung in § 455 BGB erfahren hat, ist gegenüber dem KEV das ursprüngliche Sicherungsinstitut. Es schiebt den Eigentumserwerb an der Kaufsache beim Abnehmer bis zu dem Zeitpunkt hinaus, in welchem der Kaufpreis in voller Höhe entrichtet worden ist. Bis dahin bleibt dem Lieferanten die Kaufsache als Sicherheit. Der mit der Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes verbundene wirtschaftliche Vorteil im Vergleich zu anderen Sicherungsmitteln besteht für den Verkäufer in der mit seiner Eigentümerstellung verbundenen hohen Absicherung, für den Käufer darin, daß er schon ein Anwartschaftsrecht und vor allem unmittelbaren Besitz an dem Kaufgegenstand erhält. Aufgrund dessen findet der Eigentumsvorbehalt im starken Maße Anwendung im Wirtschaftsverkehr. Dabei hat sich jedoch gezeigt, daß dieses Sicherungsinstitut in seiner

einfachen Form teilweise nicht ausreicht ³⁾. So sind Fallgestaltungen nicht nur denkbar, sondern sogar häufig, in denen die Sicherung des Vorbehaltsverkäufers hinfällig wird. Zu nennen sind hierbei zunächst die Weiterveräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware durch den Erwerber - was bei einem Zwischenhändler die Regel sein wird - sowie die mögliche Verarbeitung oder Vermischung der Vorbehaltsware, die in der Regel zu einem Eigentumsverlust des Veräußerers gem. § 950 BGB führt. Diese Verhaltensweise des Abnehmers liegt sogar im wirtschaftlichen Interesse des Vorbehaltslieferanten: sie ermöglicht es dem Abnehmer oft ja erst, seine Verbindlichkeiten bei dem Lieferanten zu erfüllen. Um den aus diesem Sachverhalt erwachsenden Gefahren des Verlustes ihres Sicherungsgutes zu begegnen, werden von den Warenlieferanten deshalb häufig Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehaltes vereinbart. Hierbei handelt es sich um eine vertikale Ausdehnung des Eigentumsvorbehaltes, bei der das Sicherungsobjekt - die zu sichernde Kaufpreisforderung - gleich bleibt, während sich das Sicherungsmittel wandelt: an die Stelle der Vorbehaltsware tritt der aus der Weiterveräußerung resultierende Erlös (Erlösklausel) bzw. die dadurch entstandene Forderung gegen den Zweitkäufer (Vorausabtretungsklausel). Eine andere Verlängerungsmöglichkeit besteht darin, daß bei einer möglicherweise erfolgenden Verarbeitung der Vorbehaltsware der Vorbehaltskäufer als Hersteller i.S. des § 950 BGB bezeichnet wird (Verarbeitungsklausel); in diesem Fall erwirbt er an dem Produkt originär Eigentum, so daß es die Vorbehaltssache als Sicherungsmittel ersetzt ⁴⁾. Durch die Vereinbarung derarti-

3) Vgl. Walb, BB 1953, 577.

4) Vgl. § 950 II BGB; MK-Quack, § 950 Rz 22.

ger Verlängerungsformen gelingt es dem Warenkreditgeber, sich die Sicherung auch dann noch zu erhalten, wenn die von ihm gelieferte Ware ihre Gestalt ändert ⁵⁾.

Eine andere Schwäche des einfachen Eigentumsvorbehaltes liegt auf der Ebene der zu sichernden Forderungen: dem Vorbehaltslieferanten steht die von ihm gelieferte Ware nur für die Kaufpreisforderung zur Verfügung; unterhält er mit dem Abnehmer noch weitere Geschäftsbeziehungen, so werden seine daraus resultierenden Forderungen nicht mitgesichert. Sein Interesse geht deshalb dahin, die von ihm gelieferte Ware möglichst als Sicherheit zu behalten, um sie für weitere Forderungen verwenden zu können ⁶⁾. Aus dieser Interessenlage heraus haben sich die Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes entwickelt. Ihre Funktion ist es, den Eigentumserwerb beim Abnehmer - und damit den Verlust der Sicherheit beim Vorbehaltslieferanten - über den Zeitpunkt der Tilgung des Kaufpreises hinaus so lange hinauszuschieben, bis bestimmte andere - von den Parteien zu vereinbarende - Forderungen ebenfalls erloschen sind. Das Charakteristikum dieser Ausdehnungsform ist also die Sicherung mehrerer Forderungen durch ein Sicherungsmittel. Falls es besondere Gesichtspunkte sind, unter denen die weiteren Forderungen zusammengefaßt werden, so geben sie der entsprechenden Erweiterungsform ihren Namen. Am bekanntesten sind dabei der Kontokorrent- und Konzernvorbehalt ⁷⁾.

Beim Kontokorrentvorbehalt werden zusätzlich zu der

5) Vgl. Drobnig, F 39, der in diesem Zusammenhang von Aggregatzuständen spricht; auch Behr, RIW/AWD 1978, S. 489, Fn. 2.

6) Rühl S. 81 f.; Serick I, § 2 II 1, S. 13; Weber S. 104.

7) Serick IV, § 40 I 2b, S. 10 ff.

Kaufpreisforderung sämtliche Forderungen in die Sicherung durch die Vorbehaltsware einbezogen, die aus der Geschäftsverbindung zwischen Vorbehaltslieferant und Abnehmer resultieren⁸⁾. Mit dieser Erweiterung werden demnach lediglich zusätzliche Forderungen desselben Gläubigers gesichert.

Möglich ist es aber auch, den Eigentumsvorbehalt auf Forderungen von Dritten auszudehnen, die an dem ursprünglichen Vorbehaltskauf unbeteiligt sind. Diesem Ziel dient der KEV. Sowohl auf Gläubiger-⁹⁾ als auch auf der Schuldnerseite¹⁰⁾ wird er in der Praxis verwandt. Seine Bezeichnung hat er erhalten, weil die Abgrenzung des in die Erweiterung einbezogenen Personenkreises nach dem Kriterium ihrer Konzernzugehörigkeit erfolgt.

2. KEV mit Erweiterung auf der Schuldnerseite

Der KEV kann auf die Weise erweitert werden, daß durch die Vorbehaltsware neben der Kaufpreisforderung sämtliche Forderungen des Lieferanten gegen Unternehmen, die mit dem Abnehmer konzernmäßig verbunden sind, mitgesichert werden. Der Eigentumsübergang ist dann bis zur Tilgung dieser Forderungen aufschiebend bedingt. Diese Form der Erweiterung ist jedoch gerade keine Sicherungsmöglichkeit, die sich aus der Konzernangehörigkeit des Lieferanten ergibt; sie ist demnach nicht Bestandteil des ins Auge gefaßten Untersuchungsgegenstandes. Die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf Seiten des Schuldners wird daher im folgenden nicht weiter erörtert.

8) Wobei umstritten ist, ob der Kontokorrentvorbehalt ein echtes Kontokorrentverhältnis i.S. des § 355 HGB voraussetzt, vgl. Serick IV, § 42 I 3, S. 54 f.; Serick V, § 59 I 2, S. 196; Braun, S. 52, 54.

9) Serick IV, § 42 II 1, S. 65.

10) Serick IV, § 42 I 7, S. 63.

3. KEV mit Erweiterung auf der Gläubigerseite

Behandelt werden sollen dagegen Erweiterungen des einfachen Eigentumsvorbehaltes auf der Gläubigerseite. Um solche handelt es sich, wenn außer der Kaufpreisforderung zusätzliche Forderungen von Dritten gegen den Vorbehaltskäufer in den Sicherungskreis einbezogen werden. Dabei kann es sich um verschiedene Gruppen von Forderungen handeln:

- alle bestehenden Forderungen der übrigen Konzernmitglieder gegen den Schuldner,
- alle bestehenden und zukünftigen Forderungen der übrigen Konzernmitglieder sowie des Vorbehaltsverkäufers gegen den Vorbehaltskäufer, oder
- alle bestehenden Forderungen der Konzernmitglieder und alle bestehenden und zukünftigen Forderungen des Verkäufers gegen den Käufer.

In der ersten Gruppe bedeutet die Erweiterung für den Vorbehaltsverkäufer selbst keine zusätzliche Sicherung: Es bleibt dabei, daß seine Kaufpreisforderung bis zu ihrer vollständigen Befriedigung durch die Vorbehaltsware gesichert ist. Es kommt für ihn keine zusätzliche Forderung hinzu. Begünstigt werden lediglich die mit ihm konzernmäßig verbundenen Unternehmen: nach Tilgung des Kaufpreises dient die Vorbehaltsware als Sicherheit für ihre Forderungen gegen den Abnehmer; erst wenn auch die Konzernmitglieder befriedigt sind, erwirbt der Vorbehaltskäufer Eigentum an der Ware.

In der zweiten Gruppe - die eine Kombination des KEV mit einem Kontokorrenteigentumsvorbehalt darstellt - werden sowohl die Stellung des Vorbehaltslieferanten als auch die der Konzernmitglieder verbessert: Beide erhalten die Vorbehaltsware als (zusätzliche) Sicherung weiterer Forderungen. Von der konkreten Ausgestaltung und Auslegung der Konzernvorbehaltsklausel hängt es dann ab, ob darunter auch die künftigen Forderungen fallen, die nach dem Zeitpunkt entstehen, in welchem keines der

Konzernunternehmen mehr Ansprüche gegen den Vorbehaltskäufer hat ¹¹⁾).

Schließlich können auf Seiten der Konzernmitglieder die bestehenden, auf Seiten des Vorbehaltsverkäufers die bestehenden und künftigen Forderungen in die Sicherung mit einbezogen werden. Bezüglich dieser künftigen Forderungen kann dann wieder - je nach Auslegung des KEV - die gleiche Unterscheidung wie oben getroffen werden ¹²⁾.

Dem Sicherungsbedürfnis des Warenkreditgebers kann aber u. U. selbst durch die oben beschriebenen Ausdehnungsformen des Eigentumsvorbehalts nicht Genüge getan werden. In der Praxis sind daher Kombinationen dieser Klauseln anzutreffen. So kann der KEV mit den verschiedenen - bereits dargestellten - Verlängerungsformen einhergehen ¹³⁾. In dem oben beschriebenen Wettlauf von Waren- und Geldkreditgebern erhoffen die konzerngebundenen Warenkreditgeber - die Rechtswirksamkeit der von ihnen verwendeten Klauseln vorausgesetzt -, durch die Vereinbarung eines möglichst lückenlos auf alle ihre Forderungen ausgedehnten Eigentumsvorbehaltes im Falle der Insolvenz des Abnehmers umfassend gesichert zu sein ¹⁴⁾.

¹¹⁾ Siehe unten, Teil I 1. Abschn. II. 3. a. cc.

¹²⁾ Vergleiche zu den verschiedenen Möglichkeiten der Erweiterung das Schaubild bei Braun, S. 33.

¹³⁾ Braun, S. 26, Fn. 54.

¹⁴⁾ Da die Geldkreditgeber dasselbe Bestreben haben und auch entsprechend handeln, gehören im Konkursfalle die wenigsten Werte des Unternehmens zur Masse: der Konkurs muß dann mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgewiesen werden.

II. Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung eines KEV

1. Zulässigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes allgemein

Bevor auf die Rechtswirksamkeit des KEV im besonderen eingegangen werden kann, muß zunächst die Frage der Zulässigkeit eines erweiterten Eigentumsvorbehaltes allgemein geprüft werden.

a. Die Rechtsprechung zum erweiterten Eigentumsvorbehalt

Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung hat wiederholt die grundsätzliche Zulässigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes ausgesprochen. Diese Beurteilung findet sich schon beim Reichsgericht ¹⁵⁾. Das Gericht hat es dabei ebenfalls für zulässig erachtet, durch den Eigentumsvorbehalt nicht nur bestehende anderweitige Ansprüche, sondern auch zukünftige zu sichern; vorausgesetzt wurde nur die hinreichende Bestimmbarkeit der zukünftigen Forderung ¹⁶⁾.

Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof bis zum heutigen Tage fortgesetzt, wie sich aus einem Urteil aus dem Jahre 1977 ¹⁷⁾ ergibt. Das Gericht hat dabei durch einen umfassenden Überblick über die einschlägigen, im Ergebnis übereinstimmenden Entscheidungen die Beständigkeit seiner Rechtsprechung nachgewiesen. Es werden dort jedoch auch die Grenzen aufgezeigt, die der Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehaltes gezogen sind. Diese liegen zunächst auf sachenrechtlichem Gebiet: Wenn der Über-

¹⁵⁾ RG Das Recht 1909, Nr. 2376; RG Z 147, 321 ff.

¹⁶⁾ RG Z 147, 321, 327; allerdings sagt das Gericht, daß - wenn einmal alle Forderungen beglichen sind - der Eigentumsvorbehalt erlischt und später entstehende Forderungen ihn nicht wieder aufleben lassen.

¹⁷⁾ BGH BB 1978, 18.

gang des Eigentums auch von der Erfüllung von Forderungen abhängig ist, die unabhängig von dem Kaufvertrag sind - insbesondere auch von der Erfüllung künftiger Forderungen - kann es schwierig sein festzustellen, wann der Abnehmer Eigentümer der Vorbehaltssache wird. Dies kann zu einer Verschwommenheit der Eigentumsverhältnisse führen. In seiner Entscheidung aus dem Jahre 1968 ¹⁸⁾ führt das Gericht deshalb aus, die Auslegung eines erweiterten Eigentumsvorbehaltes ergebe, daß nur die ausdrücklich genannten Forderungen in die Erweiterung einbezogen seien; anderenfalls bestehe die Gefahr, daß die Eigentumsverhältnisse nicht ausreichend klar festgestellt werden können.

Daneben erörtert das Gericht weitere allgemeine Grenzen der Erweiterungsformen. So spricht der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1977 ¹⁹⁾ aus, daß ein erweiterter Eigentumsvorbehalt in Form des Kontokorrentvorbehaltes seine Schranken dort findet, wo die Erweiterung einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstelle; dies sei dann der Fall, wenn die Erweiterung dem Sinn des Kaufvertrages widerspreche. Wann konkret ein solcher Mißbrauch vorliegen soll, wird von dem Gericht nicht ausgeführt; er soll jedenfalls dann nicht gegeben sein, wenn die in den erweiterten Eigentumsvorbehalt einbezogenen Forderungen in einem engen Sachzusammenhang mit dem Vorbehaltskauf stehen ²⁰⁾. In dem Urteil vom 10.2.1971 ²¹⁾ handelte es sich um Ersatzteil- und Kundendienstforderungen, in jenem aus dem Jahre 1977 ²²⁾ um Forderungen aus Reparaturen, Ersatzteillieferungen sowie Wechsel- und Diskontspesen,

18) BGH BB 1968, 398 f.

19) BGH WM 1977, 1422.

20) Vgl. BGH BB 1971, 285 f.; BGH BB 1978, 18 f.

21) BGH BB 1971, 285.

22) BGH BB 1978, 18.

die mit der Lieferung der Vorbehaltsware in engem Zusammenhang standen. In solchen Fällen betonte der BGH ausdrücklich, daß die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes aufgrund des bestehenden Zusammenhangs mit dem Vorbehaltskauf nicht dem Sinn des Kaufvertrages zuwiderlaufe, mithin keinen nach § 138 BGB unzulässigen Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstelle.

Eine weitere allgemeine Grenze der Erweiterungsformen stellt nach Ansicht des BGH der Kontoausgleich dar: Zukünftige Forderungen werden von der Erweiterung nur insoweit erfaßt, als sie vor einem Kontoausgleich zwischen den Parteien entstehen. War das Konto nach Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes einmal ausgeglichen, vermögen später entstehende Forderungen den Eigentumsübergang nicht mehr aufzuschieben. Nach Ansicht des BGH liegt hierin eine konstitutionelle Schranke des Kontokorrentvorbehaltes.

Die Instanzgerichte schließen sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes fast einhellig an²³⁾. Das geht beispielsweise daraus hervor, daß sie es für überflüssig halten, sich mit dieser Frage überhaupt zu befassen; sie setzen die Zulässigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes einfach voraus. In neuerer Zeit hat sich nur ein OLG gegen die Wirksamkeit dieses Rechtsinstituts ausgesprochen²⁴⁾. Da in dem zugrunde liegenden Fall der erweiterte Eigentumsvorbehalt jedoch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einem Nicht-Kaufmann gegenüber vereinbart worden war - das Gericht ließ ihn auch an § 9 II Nr. 2 AGBG scheitern - erfolgt eine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung weiter unten²⁵⁾.

23) OLG Hamburg, NJW 1977, 1402; OLG Karlsruhe, DB 1977, 2324 f.; OLG Karlsruhe, KTS 1976, 300, 302 f.; OLG München, JuS 1970, 139; OLG Celle, WM 1961, 336 - 338.

24) OLG Frankfurt, NJW 1981, 130.

25) Siehe unten Teil I 2. Abschn. IV. 2. a.

b. Die Literatur zum erweiterten Eigentumsvorbehalt.

Auch in der Literatur wird der erweiterte Eigentumsvorbehalt ganz überwiegend für zulässig gehalten²⁶⁾; es gibt jedoch auch Gegenstimmen²⁷⁾. Ihr gemeinsamer Anknüpfungspunkt ist die Einbeziehung künftiger Forderungen in das Sicherungsgeschäft. Besonders weit in seiner Ablehnung geht dabei Larenz²⁸⁾. Er hält die Einbeziehung zukünftiger Forderungen selbst dann für unzulässig, wenn ein Kontoausgleich den Eigentumsvorbehalt zum Erlöschen bringt. Hierin sieht er ein sittenwidriges Geschäft i.S. des § 138 I BGB. Larenz begründet seine Meinung damit, daß der Kontoausgleich vielleicht niemals eintrete; durch die Einbeziehung künftiger Forderungen in den Eigentumsvorbehalt würde dieses Rechtsinstitut entartet; hierbei handelt es sich um einen Gedanken, der von Rühl entwickelt wurde²⁹⁾ und den Larenz ausdrücklich aufgreift. Diese Wertung gilt erst recht, wenn man annimmt, der erweiterte Eigentumsvorbehalt erlösche nicht durch einen Kontoausgleich³⁰⁾.

Gegen den erweiterten Eigentumsvorbehalt wird weiter vorgebracht, er widerspreche Sinn und Zweck des Eigentumsvorbehaltes: zum einen, weil der Eigentumserwerb des Abnehmers dadurch ungewiß werde, zum anderen, weil eine Bindung herbeigeführt werde, bei der kein Zusammenhang zwischen Forderung und Liefersache besteht; die Einbeziehung künftiger Forderungen führe daher zu einer großen Unsicherheit sowohl für den Käufer als auch für dessen Gläubiger und sei deshalb nichtig gem. § 138 I BGB³¹⁾.

26) H.M., z.B. Serick IV, § 43, S. 51 f.; Rühl, S. 81; Serick, FS Weitnauer, S. 146 m.w.N. in Fn. 2.

27) Larenz, § 43 II e 3, S. 104; Jauernig, § 929 Anm. 6 B b bb; wohl auch Reinicke - Tiedtke, S. 239 f.

28) Larenz, a.a.O.; ihm ohne eigene Begründung für den Kontokorrentvorbehalt folgend Jauernig, a.a.O.

29) Rühl, S.79.

30) So Serick V, § 58 IV 3, S. 144 ff.

31) Graf Lambsdorff, Handbuch, Rz 159, S. 124 f.

c. Stellungnahme

Bevor zur Frage der Zulässigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes Stellung genommen wird, müssen zunächst die Kriterien genannt werden, anhand derer das Problem gelöst werden soll. Ausgangspunkte sind dabei § 455 BGB und der Grundsatz der Privatautonomie, durch den u.a. die Möglichkeit eröffnet wird, ein Rechtsgeschäft unter einer Bedingung abzuschließen.

Dieser Ausgangspunkt bedarf jedoch der Präzisierung: Zum Anwendungsbereich des § 455 BGB muß einschränkend bemerkt werden, daß es sich hierbei nur um eine Auslegungsregel handelt; das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, der den Übergang des Eigentums nur "im Zweifel" unter der angegebenen Bedingung vermutet. Hierbei ist hervorzuheben, daß § 455 BGB aus der großen Zahl der Vereinbarungsmöglichkeiten eines Eigentumsvorbehaltes nur einen - wenn auch den am häufigsten vorkommenden - herausgreift. Für diesen Fall bestimmt er dann, daß die vollständige Bezahlung des Kaufpreises im Zweifel als aufschiebende rechtsgeschäftliche Bedingung i.S. des § 158 I BGB zu verstehen ist, nach deren Eintritt das Eigentum an der Kaufsache übergeht. Da es sich dabei aber nur um eine Auslegungsregel handelt, kann auf § 455 BGB dann nicht zurückgegriffen werden, wenn die Auslegung der Eigentumsvorbehaltsklausel ein eindeutig anderes Ergebnis zutage bringt. Das Ergebnis kann z.B. lauten, daß der Eigentumsübergang auflösend bedingt ist³²⁾.

Andererseits ist aber auch der Grundsatz der Privatautonomie nicht unbeschränkt gültig. Dies kann sich sowohl aus speziellen gesetzlichen Bestimmungen ergeben (z.B. aus den §§ 388 S. 2; 925 II; 1947; 2180 II, 2 BGB) als auch

32)

Vgl. die Klausel bei Jacusiel, S. 3.

aus der Natur der Sache ³³⁾ .

Zu diesen Beschränkungen kommen bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen noch die sachenrechtlichen Prinzipien, z.B. das Gebot der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit. Natürlich gelten - aber das ist keine Besonderheit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes oder der bedingten Übereignung - auch die allgemeinen gesetzlichen Grenzen, z.B. die §§ 138 I, 226, 826 BGB.

Nach diesen Kriterien ist auch die Zulässigkeit der Einbeziehung künftiger Forderungen in den Eigentumsvorbehalt zu beurteilen. Prinzipiell kann dabei die Übertragung des Eigentums an dem Kaufgegenstand vom jedem beliebigen, künftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden. Eine gesetzliche Einschränkung existiert nicht. Sie kann insbesondere nicht aus den Pfandrechtsbestimmungen hergeleitet werden; denn der Eigentumsvorbehalt hat in § 455 BGB eine gesetzliche Grundlage gefunden, die andere Formen des Eigentumsvorbehaltes nicht ausschließt ³⁴⁾ . Auch aus der Natur dieses Kreditsicherungsmittels ergibt sich keine solche Beschränkung.

Die Einbeziehung künftiger Forderungen kann allerdings dem § 138 I BGB widersprechen ³⁵⁾ ; dies ist jedoch nicht zwingend. Vielmehr muß für jede spezielle Form der Erweiterung im einzelnen geprüft werden, ob die Einbeziehung künftiger Forderungen zur Sittenwidrigkeit der Klausel führt. Das wiederum hängt entscheidend von der Auslegung des Begriffs der künftigen Forderungen ³⁶⁾ und von der Vereinbarung der Vertragspartner ab, welche zukünftigen

³³⁾ Erman - Hefermehl, Vor § 158 Rz 15.

³⁴⁾ So Faigle, S. 50 f.; Graf Lambsdorff, Handbuch, Rz 258, S. 123 f.

³⁵⁾ Siehe unten Teil I 1. Abschn. II. 3. c. aa.

³⁶⁾ Siehe unten Teil I 1. Abschn. II. 3. a. cc.

Forderungen in die Erweiterung einbezogen sein sollen. Dabei ergibt sich, daß von einer generellen Sittenwidrigkeit des erweiterten Eigentumsvorbehaltes nicht ausgegangen werden kann ³⁷⁾.

Schließlich sind noch die Bedenken zu erörtern, die sich aus der möglichen Gefährdung der Rechtssicherheit ergeben. Diese Gefährdung resultiert daraus, daß im Moment des Vertragsschlusses noch nicht abzusehen ist, ob und gegebenenfalls welche Forderungen entstehen werden, die den Eigentumsübergang an der Vorbehaltssache hinausschieben.

In dem Falle der Vorausabtretung künftiger Forderungen dient das Gebot der Bestimmbarkeit als Kriterium, das die Rechtssicherheit gewährleisten soll. Dieses Gebot könnte auch auf die vorliegende Problematik Anwendung finden. Dann müßte zunächst das sachenrechtliche Bestimmbarkeitsgebot bei der Einbeziehung von zukünftigen Forderungen in den Eigentumsvorbehalt überhaupt gelten. Dem scheint entgegen zu stehen, daß über die einzubeziehenden Forderungen nicht verfügt wird. Andererseits hängt aber von ihrer Tilgung der Übergang des Eigentums an der Vorbehaltssache ab. Um diesen Eigentumsübergang feststellen zu können, muß feststehen, welche Forderungen von der Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes erfaßt werden. Die einzubeziehenden Forderungen müssen daher bestimmbar sein, und zwar im Zeitpunkt ihrer Entstehung ³⁸⁾.

Um dem Gebot der Bestimmbarkeit zu genügen, muß die Forderung im Zeitpunkt der Entstehung im Hinblick auf Gläubiger, Schuldner, Rechtsgrund und evtl. Höhe eindeutig als in den Kaufvertrag einbezogen identifiziert werden können. Wenn dem so ist, bleibt die Vorbehaltssache wenigstens bis zu Tilgung dieser Forderung weiter verhaftet, die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf zukünftige For-

³⁷⁾ Siehe unten Teil I 1. Abschn. II. 3. c.

³⁸⁾ RG Z 147, 311, 327 in Anlehnung an die Sicherungsübereignung; RGRK (Pikart), § 929 Rz 81; zur Bestimmung künftiger Forderungen bei einer Bürgschaft vgl. BGH Z 25, 320.

derungen scheiter dann - sofern keine sonstigen Wirksamkeitshindernisse vorliegen - nicht an dem Bestimmbarkeitsgebot.

Da also für den Fall der Einbeziehung künftiger Forderungen in den Eigentumsvorbehalt keine grundsätzliche Beschränkung der Privatautonomie vorliegt, ist diese Form der Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes von daher zulässig ³⁹⁾. Dieses Ergebnis wird noch dadurch untermauert, daß auch das BGB Fälle regelt, in denen zukünftige Forderungen Sicherungsobjekte sein können: das gilt für die Bürgschaft (§ 765 II BGB), die Hypothek (§ 1113 II BGB) und das Pfandrecht (§ 1204 II BGB). Diese Vorschriften müssen die Möglichkeit der Einbeziehung künftiger Forderungen ausdrücklich erwähnen - im Unterschied zu § 455 BGB -, weil sie eine Durchbrechung des bei der Bürgschaft, der Hypothek und dem Pfandrecht ansonsten geltenden Akzessorietätsprinzips beinhalten. Auch die - gesetzlich ebenfalls nicht ausdrücklich geregelte - Vorausabtretung von Forderungen ist unter dem Vorbehalt der Bestimmbarkeit nicht nur nach ganz herrschender Meinung zulässig, sondern stellt sogar eines der wichtigsten Kreditsicherungsmittel dar ⁴⁰⁾. Im folgenden wird daher von der grundsätzlichen Möglichkeit der Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf künftige Forderungen ausgegangen.

2. Die Literatur zum KEV

Während sich der BGH mit dem KEV bisher noch nicht hat befassen müssen, finden sich in der Literatur zahlreiche

39) Was der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur entspricht, s.o. Fn. 26.

40) Vgl. Ermann - H.P. Westermann, § 398 Rz 11.

Stellungnahmen zur Rechtswirksamkeit des KEV⁴¹⁾. Im Ergebnis unterscheiden sie sich erheblich. So findet sich die Feststellung, gegen den KEV bestünden grundsätzlich keine rechtlichen Bedenken⁴²⁾, ebenso wie die Meinung, dieses Rechtsinstitut sei grundsätzlich unzulässig⁴³⁾. Zu der letztgenannten Ansicht kann man auf zwei verschiedenen Wegen gelangen: Wenn schon die Zulässigkeit eines erweiterten Eigentumsvorbehaltes allgemein - also auch eines Kontokorrentvorbehaltes - bestritten wird, ergibt sie sich zwangsläufig⁴⁴⁾. Selbst wenn man den erweiterten Eigentumsvorbehalt aber für zulässig hält, läßt sich dieses Ergebnis mit den Besonderheiten des KEV begründen⁴⁵⁾. Zwischen diesen beiden Polen befinden sich mit ihren Anschauungen diejenigen Autoren, die zwar von der grundsätzlichen

41)

Künne, S. 192; Obermüller, DB 1973, 1833; Drobnig, F 51; Kilger, KTS 1975, 142, 161; Kuhn WM 1972, 206, 210; Lambsdorff - Hübner, Rz 98, S. 116 - 118; Hofmann, S. 54; Rasch, S. 218; Lwowski, S. 106; Serick, FS Weitnauer, S. 145 - 159; Larenz, SR II, § 43 II e 3, S. 109 f.; Jauernig, § 929 Anm. 6 B b bb; Staudinger-Honsell, § 455 Rz 67; Palandt-Putzo, § 455 Anm. 2 b ee; MK-H. P. Westermann, § 455 Rz 89; Reinicke-Tiedtke, S. 240; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 43 Rz 44, D. 390; Canaris, Großkommentar HGB, § 356 Rz 33; Rühl, S. 79 ff.; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 17 Anm. 3 a; Reich, JZ 1976, 466; Reh binder, S. 412 ff.; Hess-Kropshofer, § 43 Rz 28.

42)

Obermüller, DB 1973, 1833, 1836; Künne, S. 192; Lwowski, S. 106; Palandt-Putzo, § 455 Anm. 2 b ee; aus der Literatur zum AGB-Gesetz: Thamm, BB 1978, 20, 21.

43)

Drobnig, F 51; Kilger, KTS 1975, 142, 161; Staudinger-Honsell, § 455 Rz 67.

44)

Larenz, SR II, § 43 II e 3, S. 109 f.; zustimmend Jauernig, § 929 Anm. 6 B b bb; wohl auch Reinicke-Tiedtke, S. 239 f.; dagegen ausdrücklich Canaris, Großkommentar HGB, § 356 Rz 33, S. 531 (Vergleich mit antizipierter Sicherungsübereignung).

45)

So z.B. die in Fn. 43 genannten Autoren.

Unzulässigkeit des KEV ausgehen, ihn aber dann für wirksam halten, wenn er zusammen mit anderen Abreden vereinbart wird, welche die Rechtsposition des Abnehmers verbessern⁴⁶⁾.

Abschließend sei noch erwähnt, daß selbst unter den Autoren, die den KEV für grundsätzlich zulässig halten, die Ansicht vertreten wird, er sei trotzdem jedenfalls rechtspolitisch unerwünscht⁴⁷⁾.

3. Stellungnahme

Vor der Auseinandersetzung mit den einzelnen Argumenten gegen die Zulässigkeit des KEV sei noch einmal darauf hingewiesen, daß in dieser Untersuchung der KEV im weitest möglichen Sinne verstanden wird: als Erweiterung auf alle bestehenden und zukünftigen Forderungen sowohl des Warenlieferanten als auch der übrigen Konzernunternehmen. Um diesen KEV rechtlich präzise beurteilen zu können, muß die Klausel zunächst ausgelegt werden.

46) Serick, FS Weitnauer, S. 154 ff.; Lambsdorff - Hübner, Rz. 98 ff.; MK-H. P. Westermann, § 455 Rz 89.

47) So Rasch, S. 218; diese Bemerkung verdient insoweit Beachtung, als sich darin möglicherweise manifestiert, weshalb dieses Rechtsinstitut so argwöhnisch betrachtet wird: aufgrund der durch den Begriff Konzernvorbehalt auch noch verstärkten Vorstellung, hier benütze ein wirtschaftlich mächtiges Rechtssubjekt seine Stellung, um sich ungerechtfertigterweise und auf Kosten des Vertragspartners einen unzulässigen Vorteil zu verschaffen.

a. Auslegung der KEV-Klausel

aa. Der Begriff des Konzerns

Zunächst muß im Wege der Auslegung ermittelt werden, was unter dem Begriff des Konzerns im Rahmen der KEV-Klausel zu verstehen ist. In Betracht kommen der sogenannte faktische Konzern oder der Konzern i.S. des § 18 AktG.

Ein Konzern i.S. des § 18 AktG ist dann gegeben, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind.

Als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen sind auch Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht (§ 291 AktG) oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319 AktG).

Schließlich bilden gem. § 18 II AktG auch rechtlich selbständige Unternehmen ohne ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis dann einen Konzern, wenn sie unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind.

Im Gegensatz hierzu steht der Begriff des sogenannten faktischen Konzerns ⁴⁸⁾. Dabei handelt es sich um einen Verbund von Unternehmen, bei denen die Konzerngrundlage nicht auf einem Vertrag, sondern auf einer gegenseitigen Beteiligung, auf einer Personenverbindung oder sonstigen tatsächlichen Verhältnissen beruht.

Der entscheidende Unterschied zum aktienrechtlichen Konzern liegt in der Rechtswirkung: Während bei diesem eine rechtlich anerkannte Leitungsmacht besteht (§ 308 AktG), resultiert bei jenem die Leitungsmacht nur aus den tatsächlichen

⁴⁸⁾ Vgl. hierzu die Definition bei Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, AktG Bd 1, § 15 Rz 42 f.

Verhältnissen. An dieser Stelle werden sich im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Feststellung ergeben, welche Unternehmen in die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes einbezogen sind; denn die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse kann sehr problematisch sein.

Es ist nicht anzunehmen, daß es dem Willen der Vertragsparteien - insbesondere dem Willen des Käufers - entspricht, den Eigentumsübergang an dem Vorbehaltsgut von der vorherigen Klärung der Frage abhängig zu machen, welche Unternehmen an dem faktischen Verkäuferkonzern beteiligt sind. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der Interessen des Käufers die Klausel dahin auszulegen, daß nur Konzernunternehmen i.S. des § 18 AktG in die Erweiterung einbezogen werden.

bb. Die Behandlung nachträglich in den Konzern eingetretener Unternehmen

Die KEV-Klausel ist weiter im Hinblick auf die Frage auszulegen, ob auch solche Unternehmen in die Erweiterung einbezogen sind, die erst nach dem Vertragsschluß des Warenlieferanten mit dem Käufer in den Konzernverbund eintreten.

Diese Frage ist zu verneinen. Das ergibt sich aus der gebotenen angemessenen Berücksichtigung der Interessen des Käufers. Er kann bei Vertragsschluß absehen, wie groß der Kreis der begünstigten Unternehmen ist. Falls auch die nachträglich in den Konzernverbund eintretenden Unternehmen durch den KEV mitgesichert würden, stellte sich diese Erweiterung des Konzernverbundes als ein Vertrag dar, der sich zu Lasten des Vorbehaltskäufers auswirken würde. Eine solche Auslegung des KEV widerspräche aber dem Gebot des § 157 BGB, wonach Verträge nach Treu und Glauben auszulegen sind. Wenn der Vorbehaltsverkäufer eine weitergehende Sicherung wünscht, müßte er eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung mit dem Käufer treffen.

cc. Der Begriff der künftigen Forderungen

Die größte Bedeutung für die rechtliche Beurteilung des KEV hat schließlich die Bestimmung des Begriffs der künftigen Forderungen. Hiervon hängt entscheidend die Reichweite der Klausel ab.

(1) Auslegungsbedürftigkeit der Klausel

Einer Auslegung des Begriffs der künftigen Forderungen im Rahmen der KEV-Klausel bedarf es nicht, wenn der Umfang der in die Sicherung einbezogenen Forderungen eindeutig bestimmt ist. Dem Wortlaut⁴⁹⁾ der KEV-Klausel nach scheint eine solche eindeutigen Bestimmbarkeit gegeben zu sein; denn gesichert werden sollen sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen. Danach würden durch den KEV alle Forderungen gesichert, die in der Zukunft jemals entstehen können.

Andererseits ist entsprechend der Auslegungsregel des § 133 BGB nicht an dem buchstäblichen Sinne eines Ausdrucks zu haften; vielmehr sind gem. § 157 BGB Verträge nach dem Gebot von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen. Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Wertung ergeben sich entgegen dem eindeutig erscheinenden Wortlaut Zweifel an der wörtlichen Auslegung des Begriffs "künftige Forderungen"; denn aus der Sicht des Vorbehaltskäufers kann ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegen, falls er erst dann das Eigentum an der Ware erlangt, wenn das Entstehen einer neuen Forderung des Konzernverbundes gegen ihn auch theoretisch nicht mehr möglich ist⁴⁹⁾.

48) Zum Wortlaut vgl. oben, Einleitung S. 2.

49) Zur Frage der Sittenwidrigkeit vgl. unten Teil I 1. Abschn. II. 3. c.

Da also Zweifel an der wörtlichen Auslegung des Begriffs der künftigen Forderungen bestehen, ist die KEV-Klausel insoweit auslegungsbedürftig und -fähig.

In Betracht kommen hier zwei Auslegungsmöglichkeiten:

- die wörtliche Auslegung, wonach sämtliche Forderungen erfaßt werden, die die Konzernunternehmen jemals gegen den Vorbehaltskäufer erwerben können;
- die Auslegung dahingehend, daß der Eigentumsvorbehalt erlöschen soll, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt der Vorbehaltskäufer keine Verbindlichkeiten mehr bei einem der Konzernunternehmen hat, zwischen den Parteien also ein Kontoausgleich eingetreten ist.

Die Reichweite des KEV ist je nach Auslegung erheblich unterschiedlich. Wenn der wörtlichen Auslegung der Vorzug gegeben wird, so hätte der Vorbehaltskäufer keine Möglichkeit, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen; denn, da niemals auszuschließen ist, daß irgendeines der Konzernunternehmen eine Forderung gegen den Vorbehaltskäufer erwerben wird, könnte das Eigentum an der Vorbehaltssache nicht übergehen. Eine Ausnahme hiervon käme nur in Betracht, wenn der Käufer seine Geschäftstätigkeit unwiderruflich aufgäbe - was rechtlich unmöglich ist - oder das Konzernverhältnis erlöschen würde - worauf der Käufer aber keinen Einfluß hat⁵⁰⁾.

Wenn unter künftigen Forderungen andererseits nur solche verstanden werden, die bis zum Eintritt eines Kontoausgleichs entstanden sein werden, so hätte es der Vorbehaltskäufer selbst in der Hand, den Eintritt der Bedingung und damit den Eigentumsübergang herbeizuführen: Falls er zu irgendeinem Zeitpunkt sämtliche Forderungen der Konzernunternehmen gegen ihn selbst tilgt, so würde er Eigentümer der Vorbehaltsware; später entstehende Forderungen

⁵⁰⁾ Siehe unten Teil I 1. Abschn. II. 3. e. bb. (1).

vermöchten dann daran nichts mehr zu ändern⁵¹⁾.

(2) Ergebnis der Auslegung

Im weiteren Verlauf der Untersuchung soll davon ausgegangen werden, daß ein Kontoausgleich zwischen den Parteien den Eigentumsvorbehalt erlöschen läßt. Diese Auslegung entspricht weit eher der wirtschaftlichen Interessenlage der Parteien. Für den Käufer gilt dies insoweit, als er aus eigener Kraft das Eigentum an der Vorbehaltsware erwerben und diese dann anderweitig als Kreditunterlage benutzen kann. Der Verkäufer andererseits behält auch in diesem Falle die Möglichkeit einer lückenlosen Sicherung seiner Ansprüche und der Ansprüche seiner Konzernmitglieder: Erst im Moment eines Kontoausgleichs - wenn also keine zu sichernden Forderungen mehr bestehen - verliert er sein Eigentum. Für eine nach diesem Zeitpunkt erneut erfolgende Warenkreditgewährung kann er wiederum einen neuen KEV vereinbaren. Er erhält darüber hinaus sogar noch den zusätzlichen Vorteil, daß für den Abnehmer ein Anreiz besteht, möglichst bald sämtliche Verbindlichkeiten zu erfüllen, um das Eigentum an der Vorbehaltssache zu erwerben⁵²⁾.

Für dieses Ergebnis spricht ebenfalls der Gesichtspunkt der Redlichkeit⁵³⁾. Dem Gebot einer Auslegung nach Treu und Glauben wird nur genügt, wenn auch die wirtschaftliche Position des Käufers geschützt wird und nicht diejenige Auslegung bevorzugt wird, die ausschließlich den Interessen des Warenlieferanten entspricht. Deshalb stimmt das hier gefundene Ergebnis auch mit dem vom Bundesgerichtshof entwickelten Ansatz bei einer Auslegung überein: es handelt sich um die vernünftigste und haltbarste Auslegung⁵⁴⁾. Auf-

51) In Betracht käme allerdings eine antizipierte Sicherungsübereignung; dazu bedürfte es jedoch einer entsprechenden zusätzlichen Vereinbarung.

52) Vgl. Braun, S. 89.

53) So auch Braun, S. 89.

54) BGH Z 79, 16, 18.

grund der ausgeglicheneren Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien wird die Gefahr verringert, daß der KEV als sittenwidrig und damit nichtig bezeichnet werden muß ⁵⁵⁾. Auf diese Weise wird das Ziel der Parteien am ehesten verwirklicht, eine rechtswirksame Sicherung des Warenkredits des Vorbehaltsverkäufers zu erreichen.

Das Reichsgericht gelangte zu dem gleichen Ergebnis in einer späteren Entscheidung ⁵⁶⁾ auf einem anderen Wege: es bezeichnete den Kontoausgleich als eine gesetzliche Bedingung, die jeden erweiterten Eigentumsvorbehalt zum Erlöschen bringe.

Im Ergebnis ist dem zwar aufgrund des oben Gesagten zuzustimmen, die Begründung überzeugt jedoch nicht: Das BGB versteht unter "Bedingung" sowohl die Rechtsbedingung des Rechtsgeschäftes als auch das zukünftige ungewisse Ereignis, auf das Bezug genommen wird ⁵⁷⁾. Weder in dem einen noch in dem anderen Sinne wird dem Kontoausgleich aber im Gesetz diese Bedeutung beigemessen. Das gilt sowohl für die Regelung der §§ 158 ff BGB als auch für die Bestimmungen des Kaufrechts. Nirgends knüpft das Gesetz eine solche Rechtsfolge - das Erlöschen des Eigentumsvorbehaltes - an den Kontoausgleich ⁵⁸⁾. Der BGH erwähnt die gesetzliche Bedingung als Wirksamkeitsgrenze des erweiterten Eigentumsvorbehaltes daher auch nicht mehr ⁵⁹⁾.

Serick ^{59a)} lehnt die hier bevorzugte Auslegung des Begriffs der künftigen Forderungen im Rahmen des KEV grundsätzlich ab. Er stellt ausschließlich auf den Wortlaut der Klausel

⁵⁵⁾ Zur Prüfung der Sittenwidrigkeit des KEV in seinen verschiedenen Ausgestaltungen s. u. Teil I 1. Abschn. II. 3. e.

⁵⁶⁾ RG Z 147, 321, 327.

⁵⁷⁾ Larenz AT, § 25 I, S. 480 f.

⁵⁸⁾ So auch Serick V, § 58 IV 3, S. 195.

⁵⁹⁾ BGH WM 1977, 1422.

^{59a)} Serick V, § 58 IV 3, S. 144 ff.

ab; diesen hält er für eindeutig und kommt daher zu dem Schluß, die Parteien müßten eine Begrenzung der Reichweite des KEV ausdrücklich vereinbaren.

Zwar kann dem entsprechend den obigen Ausführungen nicht gefolgt werden; zu erörtern bleibt aber ein anderer Einwand Sericks ⁶⁰⁾: Selbst wenn man die Erklärungen der Parteien so auslegt, daß sie die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes in irgendeiner Form begrenzen wollen, so ist es nach Serick nicht ersichtlich, warum dies gerade durch den Kontoausgleich geschehen muß. Beim KEV sei es genauso gut denkbar, eine Einschränkung dadurch zu erreichen, daß nur Forderungen erfaßt werden sollen, die in einem Sachzusammenhang mit dem Vorbehaltskauf stehen. Ein Abstellen auf den Kontoausgleich als mutmaßlich vereinbarter Schranke sei deshalb nicht zwingend.

Dieser Einwand wäre nur dann berechtigt, wenn es sich um zwei gleichermaßen naheliegende Möglichkeiten der Begrenzung handelte. Das trifft jedoch im kaufmännischen Bereich nicht zu. Dort hat der Ausgleich des Kontos - zumeist im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses - eine wesentliche Bedeutung und wird entsprechend beachtet. Außerdem knüpfen sich an dieses Ereignis noch weitere Rechtsfolgen (z.B. Zinsen), sodaß ein Kontoausgleich von den Parteien sowieso schon aufmerksam registriert wird. Es liegt daher unter der nach § 157 BGB erforderlichen Beachtung der Verkehrssitte am nächsten, in dem Kontoausgleich die gebotene Beschränkung bei der Auslegung des Begriffs der "künftigen Forderungen" zu sehen.

60) Serick, a.a.O., S. 146.

b. Bestimmbarkeitsgebot als institutionelle Schranke des KEV

In der Literatur wird von Serick das Bestimmbarkeitsgebot als institutionelle Schranke des KEV diskutiert⁶¹⁾. Diese Schranke sei einer Beschränkung der Privatautonomie durch § 138 BGB logisch vorgelagert und müsse deshalb auch zunächst erörtert werden; denn eine Prüfung anhand von § 138 BGB setze ja gerade voraus, daß das untersuchte Rechtsgeschäft grundsätzlich zulässig sei.

Es wurde schon begründet, weshalb das sachenrechtliche Prinzip der Bestimmbarkeit auch Anwendung auf die Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes - und damit auch auf den KEV - findet⁶²⁾. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, daß dem Bestimmbarkeitsgebot Genüge getan ist, wenn im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung feststeht, ob sie durch die Vorbehaltssache mitgesichert ist. Von den für diese Feststellung nötigen Angaben - Gläubiger, Schuldner, Rechtsgrund und evtl. Höhe der Forderung - ist die Bestimmung der Person des Gläubigers problematisch. Da der KEV eine Erweiterung des einfachen Eigentumsvorbehaltes auf Gläubigerseite darstellt, muß geprüft werden, welche Anforderungen an die Bestimmung der in die Erweiterung einbezogenen Rechtssubjekte gestellt werden müssen, um dem Gebot der Bestimmbarkeit zu genügen. Hierzu wird die Meinung vertreten, lediglich die Nennung der einzelnen begünstigten Unternehmen gewährleiste in ausreichendem Maße die Bestimmbarkeit⁶³⁾; nicht ausreichend sei die einfache Bezugnahme auf konzernangehörige Unternehmen.

61) Serick, FS Weitnauer, S. 153 unter 2.

62) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 1. c.

63) Thamm, S. 44 meint, nur so könne man den Bedenken gegen den KEV den Boden entziehen.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Zumindest wenn ein Konzern im aktienrechtlichen Sinne vorliegt - wovon in dieser Untersuchung ausgegangen wird -, läßt sich eindeutig feststellen, wer in die Erweiterung einbezogen sein soll: solche Unternehmen nämlich, die im Zeitpunkt der Vereinbarung des KEV dem Verkäuferkonzern angehörten.

Es sind aber auch andere Möglichkeiten denkbar, eine eindeutige Zuordnung zu gewährleisten. Das gilt beispielsweise für die Einbeziehung aller Unternehmen, an denen der Verkäufer einen bestimmten Anteil hat. Daß es - selbst wenn eine Bestimmung eindeutig möglich ist - trotzdem im Einzelfall zu Unklarheiten kommen kann, berührt nicht die institutionelle Zulässigkeit des KEV. Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten der Beweisbarkeit gewinnen erst Bedeutung im Rahmen der allgemeinen Begrenzung der Privatautonomie durch § 138 I BGB⁶⁴⁾.

c. Sittenwidrigkeit des KEV

Der Großteil der Bedenken, die gegen den KEV geltend gemacht werden, stützt sich auf die angebliche Sittenwidrigkeit dieses Rechtsinstituts. Hierzu werden eine Reihe von Argumenten vorgebracht, die nachfolgend gesondert untersucht werden sollen.

aa. Schwierigkeiten für den Konkursverwalter bei der Erfüllungswahl nach § 17 KO

Im Rahmen der Diskussion um die Rechtswirksamkeit des KEV wird immer wieder vorgebracht, seine Vereinbarung führe im Falle des Konkurses des Vorbehaltskäufers zu Schwierigkeiten für den Konkursverwalter im Rahmen des § 17 KO⁶⁵⁾. Diese Schwierigkeit liege darin begründet,

⁶⁴⁾ Siehe unten Teil I 1. Abschn. II. 3. c.

⁶⁵⁾ Drobnig, F 51; MK-H. P. Westermann, § 455 Rz 89; Lent in: Jaeger, § 43 Anm. 37 c, IV 2 b; Kuhn, WM 1972, 206.

daß die Geschäfte der Konzernmitglieder mit dem späteren Gemeinschuldner durch den KEV zu einem einheitlichen Schuldverhältnis zusammengefaßt werden⁶⁶⁾. Das führe für den Konkursverwalter aber dazu, daß seine Entscheidung in "unerträglicher Weise" erschwert werde: Zunächst habe er festzustellen, welcher der Vertragspartner des Gemeinschuldners durch den KEV begünstigt wird. Bei dieser Feststellung könne es - je nach Wortlaut des KEV - zu Auslegungsschwierigkeiten kommen; diese könnten in der Frage bestehen, ob auch die in dem Kaufvertrag nicht ausdrücklich genannten Konzernangehörigen begünstigt seien und ob weiterhin auch jene Unternehmen in die Erweiterung einbezogen sein sollten, die zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages dem Konzern noch nicht angehörten⁶⁷⁾. Zusätzlich habe der Konkursverwalter bei seiner Entscheidung zu bedenken, daß die von dem KEV erfaßten Geschäfte einheitlich beurteilt werden müßten: Alle diese - zum Teil bereits wirtschaftlich abgewickelten - Geschäfte müßten als noch nicht erfüllt angesehen werden. Die Schwierigkeiten für den Konkursverwalter seien wegen der Unübersichtlichkeit der Verhältnisse umso größer, je weiter die Vereinbarung des KEV zeitlich zurückliege⁶⁸⁾. Bei einer solchen Sachlage sei eine Entscheidung jedoch "sinnlos und unmöglich"⁶⁹⁾. Ein Rechtsinstitut, das zu einem solchen Ergebnis führe, könne aber nicht rechtswirksam sein, sondern scheitere an § 138 I BGB.

Unterschiedlich ist bei den Vertretern dieser Meinung jedoch die Strenge der Ergebnisse: zum Teil werden lediglich Zweifel an der Rechtswirksamkeit angemeldet⁷⁰⁾,

66) Kuhn, WM 1972, 206.

67) Zum Ergebnis dieser Auslegung siehe oben Teil I 1. Abschn. 3. a. cc. (2).

68) Kuhn, a.a.O., S. 210.

69) Drobnig, F 51.

70) Lent in: Jaeger, § 43 a.a.O.

zum Teil wird eine Unzulässigkeit gem. § 138 I BGB nur für den Regelfall angenommen⁷¹⁾; es findet sich aber auch die Aussage, einem KEV sei generell die rechtliche Wirksamkeit abzusprechen⁷²⁾.

Die Argumentation hat Schwächen an zwei Punkten: Zum einen ist bereits der Ausgangspunkt umstritten; ob der KEV nämlich die Rechtsgeschäfte der Konzernunternehmen mit dem Vorbehaltskäufer zu einem einheitlichen Schuldverhältnis zusammenfaßt, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt⁷³⁾.

Aber selbst wenn die Schaffung eines Verbundvertrages durch die Vereinbarung eines KEV unterstellt wird, ist die dargestellte Argumentation zu unpräzise. Soweit von einer Unzulässigkeit im Regelfall ausgegangen wird, wird von keinem Autor dargetan, wo genau die Grenzen liegen. Man beschränkt sich auf die Aussage, die Vereinbarung des KEV sei bedenklich, wenn sie zu weit zurückliege und zu viele Rechtsgeschäfte beeinflusse. Hierin zeigt sich, daß es sich bei den Bedenken aus § 17 KO eigentlich um Probleme der Beweisbarkeit handelt. Entsprechend der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung des KEV wird sich das Problem der Beweisbarkeit aber nicht bei der Frage stellen, ob ein bestimmtes Unternehmen generell durch die Konzernklausel begünstigt ist⁷⁴⁾. Wenn Schwierigkeiten auftreten, dann werden sie in der Beantwortung der Frage liegen, ob ein Kontoausgleich zwischen dem Vorbehaltskäufer und dem Konzernverbund eingetreten ist. Diese Schwierigkeiten werden aber deshalb gering sein, weil ein möglicher Kontoausgleich bei ordnungsmäßiger Buchführung ohne weiteres feststellbar ist. Sollten sich hier jedoch Ungenauigkeiten

71) Drobnig, F 51.

72) Kuhn, a.a.O., S. 210, der aber nicht ausführt, ob sich dies allein aus § 17 KO ergibt oder nur in Verbindung mit seinen übrigen Argumenten.

73) Vgl. hierzu die verneinenden Ausführungen unten Teil I 3. Abschn. 2. b. bb.

74) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a.

oder Unregelmäßigkeiten ergeben, so betreffen diese nicht nur den KEV, sondern sämtliche Sicherungsgeschäfte des Gemeinschuldners. Daraus kann sich demnach kein institutionell bedingtes Bedenken gegen den KEV ergeben.

Auch wenn zwischenzeitlich kein Kontoausgleich eingetreten ist, ergibt sich aber keine andere Bewertung. Zwar kann es in diesem Fall vorkommen, daß die Vereinbarung des KEV eine große Zahl anderer Rechtsgeschäfte beeinflußt; eine Sittenwidrigkeit kann sich dann aber nur im Einzelfall ergeben und resultiert nicht allein aus der Struktur des KEV. Es müssen vielmehr noch weitere Punkte hinzukommen: ein größerer zeitlicher Abstand und eine Reihe weiterer Geschäfte zwischen dem Käufer und anderen Konzernunternehmen. Wenn aber zu dem Abschluß eines Sicherungsgeschäftes noch weitere Umstände hinzutreten müssen, dann ist eine Sittenwidrigkeit auch bei jedem anderen Sicherungsgeschäft möglich. Darüber hinaus werden regelmäßig die subjektiven Merkmale des § 138 I BGB fehlen: denn der Warenlieferant kann bei Abschluß des Vertrages nur in Ausnahmefällen wissen, daß der Käufer einen Kontoausgleich nicht herbeizuführen vermag und deshalb kein Eigentum an der Vorbehaltssache erlangen kann.

bb. Unsicherheit auf dinglicher Ebene

Im Zusammenhang mit den oben dargestellten Bedenken gegen den KEV - wegen der Schwierigkeiten für den Konkursverwalter - steht das Argument der mangelnden Bestimmbarkeit des KEV⁷⁵⁾. Angesprochen wird hier die Frage, ob der KEV in hinreichend bestimmtem Maße die Voraussetzungen deutlich macht, unter denen eine bestehende oder künftig entstehende Forderung von der Sicherung durch die Vorbehaltsware miterfaßt sein soll. Dies soll zu einer Unsicherheit auf dinglicher Ebene führen, da die Eigentumsverhältnisse

75) Lambsdorff-Hübner, Rz 98, S. 116 f.

bezüglich der Vorbehaltsware nur schwer zu klären seien; es geht also um die Schwierigkeiten der Beweisbarkeit des Eigentumsüberganges. Die Ursache hierfür kann dabei zum einen in dem Problem der Einbeziehung künftiger Forderungen liegen und zum anderen im Bereich der begünstigten Unternehmen bei der Frage, wer diesem Kreis angehört.

Was die Einbeziehung künftiger Forderungen anbetrifft, so ist zunächst von dem oben Gesagten auszugehen: Hierin liegt kein Verstoß gegen das sachenrechtliche Prinzip der Bestimmbarkeit. Aber auch mögliche Probleme der Beweisbarkeit, nämlich die Frage, welche künftigen Forderungen in die Erweiterung einbezogen sind, stellen sich nicht im Hinblick auf die künftigen Forderungen, sondern resultieren aus dem zweiten Gesichtspunkt: dem Kreis der begünstigten Unternehmen; denn wenn dieser Kreis genau festgelegt und leicht zu beweisen ist, wer ihm angehört, dann bereitet die Feststellung der einbezogenen künftigen Forderungen - ihre Bestimmbarkeit vorausgesetzt - keine Schwierigkeit. Unterschiedlich ist jedoch die Antwort auf die Frage, welche Anforderungen an die Bezeichnung der in die Erweiterung einbezogenen Unternehmen gestellt werden müssen. Dabei wird die Auffassung vertreten, die Vereinbarung eines KEV sei schon dann sittenwidrig, wenn diese Unternehmen im Kaufvertrag nicht ausdrücklich aufgezählt sind⁷⁶⁾. Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß der KEV ohne ausdrückliche Bezeichnung der begünstigten Unternehmen nicht bestimmt genug sei und dadurch die Eigentumsverschaffung als Vertragszweck ungewiß gemacht werde.

Es wurde bereits oben ausgeführt, daß dem Bestimmbarkeitsgebot als institutioneller Schranke dann Genüge getan ist, wenn die Vereinbarung des KEV an einen Konzern im

⁷⁶⁾ Lambsdorff - Hübner, Rz 98, S. 116 f.

aktienrechtlichen Sinne anknüpft. Das Problem liegt hier auf einer anderen Ebene: bei den möglichen tatsächlichen Schwierigkeiten der Eigentumszuordnung. Selbst wenn eine Zuordnung theoretisch eindeutig möglich ist, können sich praktische Schwierigkeiten ergeben. Das gilt für den Fall, daß ein Kontoausgleich zwischen dem Vorbehaltskäufer und dem Konzernverbund schwer feststellbar sein sollte. Hier ergibt sich eine Parallele zu den oben erörterten Bedenken gegen die Vereinbarung eines KEV aus § 17 KO. Aus den gleichen Gründen muß deshalb auch hier eine Sittenwidrigkeit des KEV verneint werden; denn es handelt sich wiederum um zusätzliche Umstände, welche die grundsätzliche Wirksamkeit des Rechtsinstituts KEV nicht infrage zu stellen vermögen.

cc. Sittenwidrigkeit wegen Mißbrauchs der Vertragsfreiheit durch Einbeziehung Dritter

Gegen den KEV wird weiter geltend gemacht, er stelle einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit dar und sei deshalb sittenwidrig gem. § 138 I BGB, da er unbeteiligte Dritte in die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes einbeziehe⁷⁷⁾. Es erscheint schon fraglich, ob die Privatautonomie durch § 138 I BGB so weit eingeschränkt werden kann, daß nur solche Rechtssubjekte durch ein Rechtsgeschäft begünstigt werden können - mit einer entsprechend erweiterten Belastung des Vertragspartners -, die hiermit in einem Zusammenhang stehen. Diese Frage kann jedoch für den KEV offen bleiben: begünstigt werden nämlich zwar Unternehmen, die an dem Vorbehaltskauf nicht beteiligt sind; in wirtschaftlicher Hinsicht sind sie mit dem Verkäufer jedoch verbunden und daher an einer solchen Vereinbarung interessiert. Ihr Interesse ergibt sich aus der Konzernzugehörigkeit, also einem Rechtsverhältnis i.S. des § 18 AktG, das zwischen dem Vorbehaltsverkäufer und den übrigen Unternehmen be-

77) Kuhn, WM 1972, 210.

steht. Diese Verbindung ist so stark, daß nicht davon gesprochen werden kann, völlig unbeteiligte Dritte profitierten zu Lasten des Vorbehaltskäufers von der Erweiterung. Von der unterschiedlichen rechtlichen Struktur abgesehen, besteht wirtschaftlich kaum ein Unterschied zu dem Fall, daß ein Großunternehmen mit mehreren Filialen einen KEV vereinbart: Dagegen, daß auch diese Filialen durch die Vereinbarung des KEV begünstigt werden, bestehen aus dem Gesichtspunkt des § 138 I BGB keine Bedenken. Dann kann die rechtliche Beurteilung bei einem Konzernunternehmen aber nicht ein anderes Ergebnis zeitigen.

Durch die Einbeziehung der an dem Vorbehaltskauf nicht beteiligten Konzernangehörigen mißbraucht der Vorbehaltsverkäufer nicht die Vertragsfreiheit und handelt insoweit nicht sittenwidrig i.S. des § 138 I BGB.

dd. Sittenwidrigkeit wegen der Gefahr der Übersicherung

Gegen die Rechtswirksamkeit eines KEV wird neuerdings geltend gemacht, daß seine Vereinbarung zu einer Übersicherung des Gläubigers führe⁷⁸⁾.

Das gilt sicher nicht, wenn man nur die Vereinbarung eines einzelnen KEV betrachtet; denn der Wert der Vorbehalts-sache wird im Verhältnis zu sämtlichen Forderungen der Konzernunternehmen gegen den Käufer regelmäßig nicht unverhältnismäßig hoch sein. Zu einer Übersicherung soll man aber dann gelangen, wenn unterstellt wird, daß sämtliche Konzernunternehmen dem Käufer gegenüber - aufgrund einer "Konzerndisziplin"⁷⁹⁾ - durchgängig KEV-Klauseln benutzen. Dies soll zu einer Vermutung der Übersicherung führen mit der Folge, daß der den KEV Vereinbarende die Beweislast für das Fehlen einer Übersicherung trägt⁸⁰⁾.

78) -----
Lambsdorff - Hübner, Rz 99 f., S. 117 f.

79) Lambsdorff - Hübner, Rz 99, S. 118.

80) Lambsdorff - Hübner, Rz 99, S. 118.

Dieser Einwand gegen den KEV ist jedoch aus zwei Gründen abzulehnen: zum einen ist er auf eine Unterstellung gegründet - durchgängige Verwendung des KEV - deren Wahrscheinlichkeit nicht näher begründet wird. Vor allem aber beruht er auf einem inhaltlichen Fehler: Eine Übersicherung ist dadurch gekennzeichnet, daß die zu sichernden Forderungen in ihrem Wert unverhältnismäßig gering im Vergleich zu dem Sicherungsgut sind. So ist eine Übersicherung denkbar, wenn für eine Kaufpreisforderung nicht nur die Kaufsache, sondern auch noch weitere Werte aus dem Vermögen des Käufers als Sicherheit bestellt werden. Der KEV stellt jedoch genau die entgegengesetzte Konstruktion dar: ein Sicherungsmittel und eine Vielzahl von zu sichernden Forderungen. Es bedeutet dann aber auch keine grundsätzliche Änderung - anders als Graf Lambsdorff behauptet -, wenn auch die übrigen Konzernunternehmen bei Warenlieferungen einen KEV vereinbaren. Zwar bekommen in diesem Fall bei jeder Warenlieferung die Konzernangehörigen Zugriff auf ein neues Sicherungsgut; es entsteht aber umgekehrt auch zwangsläufig eine neu zu sichernde Forderung - die Kaufpreisforderung - , die zumindest im Zeitpunkt ihrer Entstehung nach Beurteilung der Parteien gleichwertig ist.

Im Einzelfall kann allerdings eine Übersicherung eintreten: denn es bleiben alle Eigentumsvorbehalte aller Konzernunternehmen solange bestehen, wie auch nur eine einzige Forderung eines Konzernunternehmens offen steht. Hierin liegt aber noch kein Grund, um von einer regelmäßigen Übersicherung auszugehen. Vielmehr ist zu beachten, daß selbst beim einfachen Eigentumsvorbehalt die Möglichkeit besteht, daß die noch ausstehende Restkaufpreisforderung unverhältnismäßig niedrig im Vergleich zum Wert des Vorbehaltsgutes ist.

Hinzu kommt, daß durch den KEV auch sonstige Forderungen der Konzernunternehmen gesichert werden, die nicht aus Warenlieferungen stammen und für die daher kein eigener KEV vereinbart werden kann. Dadurch erhöht sich der Bestand an zu sichernden Forderungen und nimmt die Wahrscheinlichkeit der Übersicherung ab.

M.E. kann daher nicht von einer grundsätzlichen Vermutung der Übersicherung - mit der Folge der Beweislastumkehr - ausgegangen werden.

ee. Sittenwidrigkeit wegen der Gefahr der Täuschung Dritter.

Die Sittenwidrigkeit des KEV wird auch damit begründet, daß bei seiner Verwendung die Gefahr der bewußten oder grobfahrlässigen Täuschung Dritter bestehe⁸¹⁾. Diese Gefahr resultiere daraus, daß es Außenstehenden praktisch nicht möglich sei, die Ansprüche der durch den KEV begünstigten Gläubiger zu überprüfen⁸²⁾. Da subjektiv die Kenntnis der Umstände ausreicht, die die Sittenwidrigkeit ausmachen⁸³⁾, wären die Voraussetzungen des § 138 I BGB gegeben und die Vereinbarung des KEV nichtig.

Auch diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Durch den KEV wird nicht in sittenwidriger Weise die Gefahr geschaffen, daß Dritte - d.h. in der Regel die Geldkreditgeber - bewußt oder grobfahrlässig getäuscht werden.

Dabei ist zunächst klarzustellen, daß die Vereinbarung eines KEV - anders als der BGH dies für eine Globalzession

81) Drobnig, F 51; RG Z 136, 247, 253 f.; MK - Mayer-Maly, § 138 Rz 87; BGH Z 10, 228, 233, der betont, daß ein Sittenverstoß vorliegen kann, wenn ein Rechtsgeschäft "die Möglichkeit setzt, daß Dritte getäuscht werden und dadurch Schaden leiden".

82) Drobnig, F 51.

83) RG Z 97, 253, 255; BGH NJW 1953, 297, 299; BGH WM 1976, 289.

im Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt annimmt - den Käufer nicht praktisch zwingt, die Geldkreditgeber zu täuschen, um einen weiteren Kredit zu erhalten. Denn zum einen bleibt dem Konzernverbund durch den KEV immer nur ein Gegenstand als Sicherheit verhaftet und nicht das gesamte Vermögen oder der gesamte Forderungsbestand des Käufers; es folgt also aus der Vereinbarung des KEV keine der Situation bei einer Globalzession vergleichbare Knebelung des Schuldners. Zum anderen hat es der Käufer selbst in der Hand, durch Herbeiführung eines Kontoausgleichs Eigentümer der Vorbehaltssache zu werden, wodurch er diese dann als Sicherheit für einen Geldkredit verwenden kann.

Die Sittenwidrigkeit des KEV ergibt sich aber auch nicht daraus, daß die Geldkreditgeber sich nicht zuverlässig über die Eigentumsverhältnisse an der Vorbehaltssache unterrichten können. Hier besteht kein wesentlicher, die Anwendung des § 138 I BGB rechtfertigender Unterschied zu der - unbestrittenermaßen zulässigen - Vereinbarung eines einfachen oder verlängerten Eigentumsvorbehaltes durch den Verkäufer:

Soweit die Banken sich zur Sicherung ihrer Kredite Betriebsmittel des Käufers zur Sicherheit übereignen lassen, werden sie dies von einer Aufklärung der Eigentumsverhältnisse abhängig machen. Sofern diese Betriebsmittel unter einfachem Eigentumsvorbehalt geliefert worden sind, kann der Käufer den Eigentumsübergang dadurch nachweisen, daß er eine entsprechende Bestätigung des Verkäufers beibringt. Diese Bestätigung wird er dann erhalten, wenn die ursprüngliche Kaufpreisforderung getilgt ist.

Bei einer Lieferung der Betriebsmittel unter KEV ist der Übergang des Eigentums auf den Käufer nicht wesentlich schwerer darzutun; es genügt der Nachweis - und gegebenenfalls die Bestätigung durch den Konzernverbund - eines nach Lieferung eingetretenen Kontoausgleichs. Auf diesem

Wege haben die Banken die Möglichkeit einer zuverlässigen Aufklärung der Eigentumsverhältnisse. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Problemen um das Verhältnis von Globalzession zu verlängertem Eigentumsvorbehalt; denn die Banken wissen, an wen sie sich zur Prüfung der Eigentumsverhältnisse zu wenden haben: an den Vorbehaltslieferanten und dessen Konzernverbund. Der Warenlieferant hingegen kann nicht wissen, an wen der Käufer seine Forderungen im voraus abgetreten hat, eine zuverlässige Prüfung ist daher für ihn nicht möglich.

Sofern sich die Geldkreditgeber zur Sicherheit ein Warenlager mit wechselndem Bestand übereignen lassen, ist die Prüfung des Eigentums für jede einzelne Ware allerdings unpraktikabel und unterbleibt daher in der Praxis. Die hieraus resultierende Gefahr, daß sich in dem Warenlager durch Eigentumsvorbehalt gesicherte Ware befindet bzw. hineingelangt, besteht jedoch nicht nur bei der Vereinbarung eines KEV, sondern auch bei der Vereinbarung eines einfachen oder eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes. Hinzu kommt, daß sich in dem beschriebenen Fall auch die möglicherweise länger dauernde Verhaftung der Vorbehaltsware durch den KEV nur selten zum Nachteil der Banken auswirken wird; denn in der Regel wird auch die dem verlängerten Eigentumsvorbehalt zugrunde liegende Forderung erst nach Weiterveräußerung der Ware getilgt; auch in diesem Fall läuft dann die Sicherungsübereignung der Banken ins Leere.

ff. Sittenwidrigkeit wegen der Entbindung des Verkäufers von seiner Übereignungsverpflichtung

Die grundsätzliche Unwirksamkeit des KEV gem. § 138 I BGB wird noch mit einem anderen Argument zu begründen versucht: Er stelle einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit dar, da durch seine Vereinbarung die Erfüllung der Übereignungsverpflichtung nicht nur auf unbegrenzte Zeit hinaus-

geschoben werde, sondern dies auch noch zugunsten von Dritten geschehe, die an dem ursprünglichen Kaufvertrag unbeteiligt sind⁸⁴⁾.

Ansatzpunkt dieser Argumentation ist die Hauptpflicht des Verkäufers aus § 433 I 1 BGB: die Pflicht zur Übereignung der Kaufsache; davon werde er durch die Vereinbarung eines KEV auf unabsehbare Zeit entbunden.

Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig; denn entsprechend der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung des KEV hat es der Warenkäufer selbst in der Hand, den Eigentumsübergang an der Kaufsache herbeizuführen: durch Ausgleichung seiner Konten mit sämtlichen begünstigten Konzernunternehmen. Von einer Entbindung des Verkäufers von seiner Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden⁸⁵⁾.

gg. Sittenwidrigkeit wegen der Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers

Durch die Vereinbarung eines KEV kann es für den Käufer allerdings schwierig sein, Eigentum an der Vorbehaltssache zu erwerben; in den Fällen nämlich, in denen ihm die Herbeiführung eines Kontoausgleichs wirtschaftlich nicht möglich ist. Aus der daraus resultierenden Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers soll sich die Sittenwidrigkeit des KEV ergeben⁸⁶⁾.

Auch dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Zwar ist einzuräumen, daß der Käufer unter Umständen nicht Eigentümer der Vorbehaltssache wird. Diese Möglichkeit besteht jedoch immer, wenn der Eigentumsübergang von einer Bedingung abhängig gemacht wird, die nicht eintritt. So ist es selbst beim einfachen Eigentumsvorbehalt möglich, daß

84) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 43 Rz 44; wörtlich gleich: Kuhn, WM 1972, S. 210; Larenz SR II, § 43 II e 3), S. 109 unten.

85) Hierin liegt nur ein Problem, wenn der KEV auf alle denkbaren zukünftigen Forderungen erweitert wird, vgl. dazu unten Teil I 1. Abschn. II. 3. e. bb. (3) (e).

der Käufer den Kaufpreis nicht zu bezahlen vermag und mithin kein Eigentum erwirbt. Das gilt natürlich erst recht beim erweiterten Eigentumsvorbehalt ohne Begünstigung Dritter - z.B. dem Kontokorrenteigentumsvorbehalt - der den Eigentumsübergang ja auch von der Tilgung künftiger Forderungen abhängig macht.

Es besteht also kein struktureller Unterschied zu anderen Formen des Eigentumsvorbehaltes, sondern lediglich ein gradueller bezüglich der Schwierigkeiten für den Käufer, den Bedingungseintritt herbeizuführen⁸⁷⁾. Daraus kann sich keine grundsätzliche Sittenwidrigkeit des KEV ergeben; vielmehr bedarf es einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Dabei ist zu beachten, daß eine Sittenwidrigkeit des KEV jedenfalls voraussetzt, daß es dem Käufer unmöglich oder wenigstens wirtschaftlich unzumutbar ist, die Geschäftsbeziehungen zum Konzernverbund abzubauen, etwa weil dieser eine Monopolstellung besitzt. Hinzu muß kommen, daß es dem Käufer offensichtlich nicht möglich ist, einen Kontoausgleich mit sämtlichen Konzernunternehmen herbeizuführen.

Nur unter diesen besonderen Umständen kann sich eine Sittenwidrigkeit des KEV ergeben. Hierin liegt aber kein Unterschied zu anderen Kreditsicherungsinstituten; denn es sind immer Umstände denkbar, unter denen eine Sicherungsvereinbarung unzulässig ist.

Da keine weiteren Bedenken gegen den KEV ersichtlich sind, kann an dieser Stelle festgehalten werden:

86) Vgl. dazu Drobnig, F 51; MK - H.P. Westermann, § 455 Rz 89.

87) Hinzu kommt, daß in der Praxis der Lieferant von Handelswaren dem Käufer eine Veräußerungsermächtigung erteilt und der Lieferant von Betriebsmitteln eine Nutzungserlaubnis gibt.

Zwischenergebnis: Ein individualvertraglich vereinbarter KEV stellt ein zulässiges Kreditsicherungsmittel des Warenlieferanten dar.

d. Kollision des verlängerten KEV mit der Globalzession

Nachdem die grundsätzliche Wirksamkeit des KEV festgestellt worden ist, muß schließlich noch eine weitere Frage erörtert werden: in welchem Verhältnis nämlich der verlängerte KEV zu der Globalzession der Banken steht. Hierbei ist zu untersuchen, ob bei einer Kollision beider Sicherungsinstitute hinsichtlich der im voraus abgetretenen Forderungen des Vorbehaltskäufers der Grundsatz der Priorität eingreift oder ob eine andere Lösung gefunden werden muß.

Bei der Kollision der Globalzession mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt ohne gleichzeitige Erweiterung ist die Rechtsprechung gefestigt: Soweit die Globalzession nach dem Willen der Parteien auch solche Forderungen umfassen soll, die der Zedent aufgrund verlängerter Eigentumsvorbehalte künftig abtreten muß und abtritt, ist sie sittenwidrig⁸⁸⁾. Das objektive Merkmal der Sittenwidrigkeit ergibt sich nach Auffassung des BGH daraus, daß der Zedent in eine Zwangslage gerate: da die zeitlich früher vereinbarte Globalzession den verlängerten Eigentumsvorbehalt ins Leere laufen lasse, müsse der Zedent entweder seinen Lieferanten zu einem Verzicht auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt zu bewegen versuchen - was aussichtslos erscheinen muß und die Gefahr der Verweigerung weiterer Lieferungen auf Kredit birgt -, oder aber die Globalzession verschweigen und sich dadurch möglicherweise wegen Betruges strafbar zu machen. Subjektiv

⁸⁸⁾ BGH Z 30, 149; 32, 361, 365 f.; BGH WM 1962, 13, 15; 1969, 1072, 1074; LM § 138 (C b) Nr. 14; LM Nr. 21; DB 1970, 1429, 1430; BGH Z 72, 308; BGH DB 1980, 683; DB 1983, 2514, 2515.

sei die Vereinbarung einer Globalzession sittenwidrig, weil die Bank der Folgerung nicht entgehen könne, ihren Kunden laufend zu vertragsuntreuem Verhalten zu drängen, wenn in der jeweiligen Branche Lieferungen nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt üblich sind⁸⁹⁾. Als Folge dieser Rechtsprechung vereinbarten die Banken die Globalzession nunmehr in Verbindung mit einer sogenannten dinglichen Teilverzichtserklärung, nach der die Vorausabtretung der Forderung bei Bestehen eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes entweder gar nicht oder erst dann eingreifen soll, wenn der verlängerte Eigentumsvorbehalt erloschen ist. Eine solche Vereinbarung hält die Rechtsprechung für zulässig⁹⁰⁾.

Diese Bewertung der Globalzession kann im Verhältnis zum verlängerten KEV Geltung nur behalten, wenn und soweit die Interessenlage die gleiche ist. Um das beurteilen zu können, soll zunächst kurz die unterschiedliche Reichweite des verlängerten Eigentumsvorbehaltes auf der einen und des verlängerten KEV auf der anderen Seite aufgezeigt werden:

- Durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt soll lediglich die Kaufpreisforderung aus der Warenlieferung gesichert werden, und zwar durch die Vorausabtretung der Forderung aus dem Weiterverkauf.
- Durch den verlängerten KEV sollen zusätzlich auch noch sämtliche weiteren Forderungen des Warenlieferanten und seiner Konzernangehörigen gesichert werden. Die Forderung aus der Weiterveräußerung der unter verlängertem KEV gelieferten Ware wird auch zur Sicherung dieser Forderungen im voraus abgetreten.

89) BGH Z 55, 34, 36; BGH NJW 1969, 318, 320.

90) BGH NJW 1974, 942, 943; BGH WM 1974, 389, 390.

Die Verlängerung des KEV beinhaltet also eine erhebliche Verbesserung der Position des Warenkreditgebers und seines Konzernverbundes im Vergleich zu der Verlängerung eines einfachen Eigentumsvorbehaltes. Hinsichtlich der Frage der Sittenwidrigkeit der Globalzession muß daher m.E. danach unterschieden werden, ob im Zeitpunkt der Weiterveräußerung die ursprüngliche Kaufpreisforderung noch besteht oder bereits erloschen ist:

Soweit im Zeitpunkt der Weiterveräußerung noch die Forderung aus der kreditierten Warenlieferung besteht, wird diese durch die im voraus abgetretene Forderung gesichert. Insoweit ist keine andere Bewertung als im Ausgangsfall geboten; denn die Interessenlage ist die gleiche: der Warenlieferant sichert seine eigene Forderung aus der Warenlieferung. Eine zeitlich früher vereinbarte Globalzession greift infolge Sittenwidrigkeit nicht ein.

Zu untersuchen bleibt, ob die Globalzession der Banken sittenwidrig ist auch im Verhältnis zu der Verlängerung des KEV zugunsten der sonstigen Forderungen des Warenlieferanten und seiner Konzernangehörigen. Von einer Sittenwidrigkeit der Globalzession auch in diesem Zusammenhang kann nur dann gesprochen werden, wenn sich der Zedent insoweit wieder in einer wirtschaftlichen Zwangslage befindet. Das kann der Fall sein, wenn er keine Möglichkeit hätte, den Vorbehaltsverkäufer von der Vereinbarung des verlängerten KEV abzubringen, ohne sich der Gefahr der Verweigerung weiterer Lieferungen auf Kredit auszusetzen und so praktisch gezwungen wäre, den Lieferanten zu täuschen.

Eine solche Zwangslage besteht jedoch nicht. Der von dem Lieferanten in jedem einzelnen Fall zu gewährende Warenkredit für das Vorbehaltsgut ist bereits durch die Verlängerung eines einfachen Eigentumsvorbehalts ausreichend geschützt; denn die Forderung aus dem Weiterverkauf ist

ja zur Sicherung dieses Kredits wirksam abgetreten. Durch die Vereinbarung eines verlängerten KEV erfolgt keine zusätzliche Sicherung des Konzernverbundes hinsichtlich dieses Kredits, sondern lediglich hinsichtlich anderer Forderungen, die mit dem konkreten Geschäft nichts zu tun haben.

Da der Lieferant auf der anderen Seite ein wirtschaftliches Interesse an dem Verkauf seiner Ware hat, wird er sich von der Kreditgewährung auch dann nicht abhalten lassen, wenn er weiß, daß die Vorausabtretung der Forderung aus dem Weiterverkauf nur seine Kaufpreisforderung sichert, aber wegen des Bestehens einer Globalzession nicht die übrigen Forderungen des Konzernverbundes.

Die Globalzession ist daher insoweit nicht sittenwidrig. Es sind auch keine weiteren Gesichtspunkte erkennbar, die eine solche Wertung rechtfertigen könnten. Bei der Kollision einer Globalzession mit der Vorausabtretung zur Sicherung anderer Forderungen als der Kaufpreisforderung bleibt es daher dabei, daß der Grundsatz der Priorität darüber entscheidet, welche Vorausabtretung wirksam ist.

e. Zulässigkeit inhaltlich abweichender vertraglicher Ausgestaltungen des KEV

Die inhaltliche Reichweite des oben untersuchten KEV wurde durch die Auslegung des Begriffes "künftige Forderungen" bestimmt. Hierunter wurden nur solche Forderungen verstanden, die bis zu einem möglichen Kontoausgleich zwischen dem Käufer und dem Verkäuferkonzern entstanden sein werden. Die Parteien können aber natürlich das Ziel verfolgen, den Kreis der künftigen Forderungen ausdrücklich anders zu bestimmen. Maßgeblich hierfür sind ihre wirtschaftlichen Interessen. Auf Seiten des Verkäufers können sie dahin gehen, die Liefersache für noch längere Zeit und eine noch größere Zahl von Forderungen zu verhaften;

der Käufer andererseits wird regelmäßig ein Interesse daran haben, frühzeitiger das Eigentum an der Vorbehaltssache erwerben zu können.

Im folgenden Teil der Untersuchung sollen daher die Variationsmöglichkeiten dargestellt und auf ihre rechtliche Zulässigkeit hin untersucht werden.

aa. Begrenzung der Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Kaufpreiszahlung

Als vertragliche Einschränkung des KEV kommt in Betracht, in die Erweiterung nur solche künftigen Forderungen einzu beziehen, die bis zum Zeitpunkt der vollständigen Zahlung des Kaufpreises für die Vorbehaltssache entstanden sein werden. Nach diesem Zeitpunkt entstehende Forderungen von Unternehmen aus dem Konzernverbund würden dann von der Erweiterung nicht mehr erfaßt. Der Eigentumsübergang an der Vorbehaltssache wäre in diesem Fall dann bewirkt, wenn die letzte der Forderungen beglichen ist, die vor der Zahlung des Kaufpreises entstanden ist.

Ein auf diese Weise beschränkter KEV ist im Vergleich zum Grundfall erst recht zulässig.

bb. Erweiterung der Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen

Bei der soeben behandelten Modifikation des KEV werden die wirtschaftlichen Interessen des Käufers besser gewahrt als bei einem KEV ohne abweichende Vereinbarungen. Es sind jedoch auch Möglichkeiten denkbar, sich auf eine Verlängerung der Verhaftungszeit der Vorbehaltssache zu einigen. In erster Linie bietet sich dabei an, den Eigentumsübergang auch durch die Tilgung solcher Forderungen zu bedingen, die nach einem möglichen Kontoausgleich

entstehen. Hierbei handelt es sich um eine Gestaltungsform, die schon im Rahmen der Auslegung des Begriffes "künftige Forderungen" erörtert, dort aber als Auslegungsergebnis abgelehnt wurde.

Ein in dieser Form vereinbarter KEV begegnet verschiedenen rechtlichen Bedenken, denen im folgenden gesondert nachgegangen werden soll.

(1) Verstoß gegen das Bedingungsrecht

Eine Erweiterung des KEV auf alle denkbaren künftigen Forderungen wird von Serick⁹¹⁾ für unzulässig gehalten. Er stützt sich dabei jedoch nicht auf § 138 I BGB, sondern auf einen Verstoß gegen die institutionelle Schranke⁹²⁾ des Bedingungsrechts. Einen Verstoß hiergegen sieht Serick darin, daß der Eigentumsübergang von einem Ereignis abhängig gemacht wird, das niemals eintreten könne; denn da nie ausgeschlossen werden könne, daß noch Forderungen von Konzernangehörigen - oder des Verkäufers selbst - gegen den Käufer entstehen werden, könne zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen werden, daß sämtliche künftigen Forderungen beglichen seien, sodaß der Käufer niemals Eigentum an der Vorbehaltssache erwerben kann. Bei diesem Sachverhalt handle es sich nicht mehr um eine Bedingung i.S. des § 158 BGB - genauso wenig, wie es sich umgekehrt um eine Bedingung bei einem zukünftigen Ereignis handelt, das sicher eintreten wird. Da die Bedingung aber nie eintreten könne, werde de facto die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers abbedungen und damit gegen das Wesen des Kaufvertrages verstoßen.

91) Serick, FS Weitnauer, S. 152 f., wobei Serick den KEV bereits in diesem weiten Sinne auslegt.

92) Siehe zu diesem Begriff bereits oben Teil I 1. Abschn. II. 3 b.

Diesen Ausführungen wäre dann zu folgen, wenn tatsächlich ausgeschlossen wäre, daß der Käufer jemals Eigentum an der Vorbehaltssache erwerben kann. Eine solche Möglichkeit besteht jedoch: wenn der Käufer sicherstellt, daß gegen ihn keine zu sichernden Forderungen mehr entstehen können. Falls der Vorbehaltskäufer aus dem Konzernverbund ausscheidet - worauf der Käufer allerdings keinen Einfluß hat -, müßte der Käufer zu diesem Zwecke seine Geschäftsbeziehungen zu dem Verkäufer nach Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten abbrechen⁹³⁾; ein Eigentumserwerb ist dann - unter ansonsten gleichen Bedingungen - auch möglich, wenn der Verkäufer in Konkurs fällt.

Falls der Konzernverbund bestehen bleibt, müßte der Käufer nach Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten seine Geschäftstätigkeit gänzlich einstellen⁹⁴⁾.

Die Wahrscheinlichkeit eines Eigentumserwerbs des Käufers gem. einer der aufgezeigten Möglichkeiten mag gering sein - ausgeschlossen ist er nicht. Zwar hat der Käufer - mit Ausnahme der ihm unzumutbaren Aufgabe der Geschäftstätigkeit - nicht die Möglichkeit, von sich aus den Eigentumserwerb herbeizuführen. Hierin liegt jedoch kein bedingungsrechtliches Problem, da auch der Eintritt einer Bedingung i.S. des § 158 I BGB nicht abhängig vom Willen einer der beiden Parteien sein muß. Es kann deshalb mit diesem Argument nicht die grundsätzliche Unzulässigkeit des KEV als Rechtsinstitut begründet werden. Das Bedingungsrecht i.V. mit dem Wesen des Kaufvertrages stellt keine institutionelle Schranke des KEV dar⁹⁵⁾.

- (2) Bestimmbarkeitsgebot als institutionelle Schranke des KEV

93) Dieses wäre für ihn allerdings nur schwer zu beweisen.

94) Ein solches Verhalten ist dem Käufer jedoch unzumutbar.

95) Inwieweit sich daraus aber eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB ergeben kann, wird unten erörtert, vgl. Teil I 1. Abschn. II. 3. e. bb. (3) (e).

Ein Verstoß des erweiterten KEV gegen das - von Serick als institutionelle Schranke bezeichnete - Bestimmbarkeitsgebot ist aus den gleichen Gründen wie im Grundfall nicht gegeben; insbesondere bleibt die theoretische Möglichkeit der eindeutigen Bestimmung erhalten, welche Forderungen durch den KEV mitgesichert werden.

(3) Sittenwidrigkeit des KEV

(a) Schwierigkeiten für den Konkursverwalter bei der Erfüllungswahl nach § 17 KO

Sofern dem KEV die Fähigkeit zuerkannt wird, die von ihm erfaßten Rechtsgeschäfte zu einem einheitlichen Schuldverhältnis i.S. des § 17 KO zusammenzufassen, erhöhen sich die Schwierigkeiten für den Konkursverwalter bei der Erfüllungswahl; denn auch ein zwischenzeitlicher Kontoausgleich hätte keinen Einfluß darauf, daß alle bestehenden Konzernforderungen durch die Vorbehaltssache mitgesichert sind. Es bleibt jedoch auch hier bei der oben getroffenen Feststellung⁹⁶⁾: Eine Sittenwidrigkeit kann sich im Einzelfall ergeben, dies folgt jedoch nicht zwingend aus der Struktur des KEV. Allerdings werden die für diese Frage entscheidenden objektiven Kriterien - ein größerer zeitlicher Abstand zur Vereinbarung des KEV und eine Reihe weiterer Geschäfte zwischen dem Käufer und dem Konzernverbund - bei der Erweiterung des KEV häufiger gegeben sein als im Grundfall.

Keine Bedenken gegen den KEV aus diesem Gesichtspunkt ergeben sich wiederum, falls bereits die Prämisse - Schaffung eines Einheitsschuldverhältnisses - abgelehnt wird⁹⁷⁾.

96) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. aa.

97) Siehe unten Teil I 3. Abschn. II. 2. b. bb.

(b) Unsicherheit auf dinglicher Ebene

Der in seiner Reichweite erweiterte KEV führt nicht zu einer Unsicherheit auf dinglicher Ebene, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigen könnte. Dazu gilt zunächst das oben Gesagte⁹⁸⁾. Der Unterschied besteht jetzt lediglich darin, daß ein Kontoausgleich nicht den Eigentumsübergang bewirkt. Das erschwert jedoch die Beurteilung der dinglichen Rechtslage nicht, sondern erleichtert sie im Gegenteil. Zu diesem Ergebnis gelangt man durch folgende Überlegung: Der Übergang des Eigentums an der Vorbehaltssache auf den Käufer ist nur in den oben genannten Ausnahmefällen möglich⁹⁹⁾. Ist keine dieser Ausnahmen gegeben, so steht fest, daß der Verkäufer noch Eigentümer der Ware ist und daß diese sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen des Konzernverbundes gegen den Käufer sichert. Ob aber ausnahmsweise das Eigentum auf den Käufer übergegangen ist, ist nicht so schwierig festzustellen, daß sich daraus der Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigt.

(c) Sittenwidrigkeit wegen der Einbeziehung Dritter und der Gefahr der Übersicherung

Unter diesen beiden Gesichtspunkten ergeben sich bei der Erweiterung des KEV gegenüber dem Grundfall keine Änderungen in der rechtliche Bewertung: Die Einbeziehung Dritter in die Sicherungsvereinbarung ist unabhängig davon zu beurteilen, ob ein zwischenzeitlicher Kontoausgleich den Eigentumsübergang bewirkt; die Gefahr der Übersicherung wurde oben für den KEV prinzipiell verneint¹⁰⁰⁾.

98) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. bb.

99) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. bb.

100) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. dd.

(d) Sittenwidrigkeit wegen der Gefahr der Täuschung Dritter

Durch die vorgeschlagene Erweiterung des KEV verlängert sich allerdings die Verhaftungsdauer der Vorbehaltsware, sodaß der Käufer sie praktisch nie zu Eigentum erwerben kann.

Hierdurch wird die mögliche Gefahr der Täuschung Dritter aber nur unwesentlich erhöht: sie kann sich ergeben, wenn der Wert der Vorbehaltsware einen wesentlichen Teil des Vermögens des Käufers ausmacht. Dann kann er in einer für ihn wirtschaftlich schwierigen Situation versucht sein, zur Beschaffung zusätzlichen Kredits seine übrigen Gläubiger über die Eigentumsverhältnisse zu täuschen. Dies wird jedoch seltener Ausnahmefall bleiben; denn in der Regel gilt das oben bereits Gesagte¹⁰¹⁾: durch den KEV wird dem Käufer nur ein Vermögenswert vorenthalten; es kann daher nicht behauptet werden, diese Sicherungsvereinbarung zwingt ihn praktisch dazu, Dritte über die wahre Rechtslage zu täuschen.

(e) Sittenwidrigkeit wegen der Entbindung des Verkäufers von seiner Übereignungsverpflichtung

Die Sittenwidrigkeit eines auf alle denkbaren künftigen Forderungen erweiterten KEV ergibt sich aber aus der Entbindung des Verkäufers von seiner Übereignungsverpflichtung gem. § 433 I 1 BGB. Zwar besteht die theoretische Möglichkeit eines Eigentumsübergangs¹⁰²⁾; diesen kann der Käufer jedoch entweder gar nicht aus eigener Kraft herbeiführen, oder aber nur unter unzumutbaren Umständen - durch endgültige Aufgabe seiner Geschäftstätigkeit. Hierbei handelt es sich um einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit. Wenn ein als Kaufvertrag bezeichnetes Rechtsgeschäft dem Käufer auf der einen Seite auferlegt, die

101) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. ee.

102) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. ff.

sich daraus ergebenden Hauptpflichten zu erfüllen, der Verkäufer auf der anderen Seite von seiner Hauptpflicht entbunden wird, so werden die durch § 138 I BGB gezogenen Grenzen der Privatautonomie überschritten; denn hier liegt ein grobes Mißverhältnis der gegenseitigen Leistungsverpflichtungen zugunsten des Verkäufers vor.

Die Sittenwidrigkeit des erweiterten KEV ergibt sich dabei nicht nur im Einzelfall, sondern ist strukturell bedingt. Anders als bei den oben verworfenen Argumenten gegen die Wirksamkeit des KEV bedarf es hier deshalb keiner weiteren Umstände, um die Sittenwidrigkeit anzunehmen. Andererseits sind aber auch keine Ausnahmen denkbar, unter denen ein KEV aus dem erörterten Gesichtspunkt heraus nicht sittenwidrig ist.

(f) Sittenwidrigkeit wegen der Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers

Die soeben dargestellte sittenwidrige Aufhebung der Übereignungsverpflichtung des Verkäufers zieht in der Konsequenz eine Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers nach sich. Im Gegensatz zum Ausgangsfall kann der Käufer aus eigener Kraft praktisch niemals Eigentum an der Kaufsache erwerben; er kann über sie daher auch nie frei verfügen, insbesondere sie nicht als Sicherheit für andere, z.B. Bankkredite, verwenden. Die Eigentümerstellung ist wirtschaftlich jedoch von solcher Bedeutung, daß es objektiv sittenwidrig erscheint, wenn der Käufer sie trotz eines entsprechenden Kaufvertrages aus eigener Kraft nicht wird erlangen können. Da auch der den KEV vereinbarende Verkäufer sich dieser Konsequenz bewußt ist, liegen die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit ebenfalls vor.

103) Zur rechtlichen Beurteilung bei Einräumung einer Veräußerungsermächtigung durch den Verkäufer s. u., Teil II. Abschn. II. 3. e. dd.

Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine generelle, aus der Struktur des KEV zwingend folgende, Sittenwidrigkeit. So sind Fallgestaltungen denkbar, in denen es dem Käufer offensichtlich auf die Eigentümerstellung nicht ankommt, sondern seinen wirtschaftlichen Interessen schon durch die Besitzeinräumung Genüge getan wird. Als Beispiel sei hier der Verkauf von Maschinen genannt, die der Käufer seinerseits an Dritte zu vermieten gedenkt. Soweit er nicht darauf angewiesen ist, diese Maschinen als Kreditunterlage für Bankkredite zu verwenden, liegt keine sittenwidrige Einengung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor. In aller Regel ist für den Käufer die Eigentümergebietung jedoch von entscheidender Bedeutung. Da der KEV die Erlangung dieser Position durch den Käufer grundsätzlich unmöglich macht, ist er auch unter diesem Gesichtspunkt sittenwidrig.

cc. Erweiterung der Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen aus einem Sachzusammenhang

Eine weitere Möglichkeit der Erweiterung des KEV liegt darin, alle denkbaren künftigen Forderungen der Konzernmitglieder in die Sicherung einzubeziehen, die mit dem Vorhaltskauf in einem Sachzusammenhang stehen. Als Beispiel seien hier genannt die Forderungen aus der Warenlieferung, der Zubehörlieferung sowie aus den die gelieferte Ware betreffenden Servizeleistungen¹⁰⁴⁾. Falls es sich im Einzelfall um einen offenkundigen funktionalen Zusammenhang handelt, sollen nach Ansicht von Graf Lambsdorff die Bedenken gegen den KEV aus § 138 I BGB entfallen¹⁰⁵⁾. Diese Erweiterung ist weniger weitreichend als die soeben erörterte. Sie wäre dann unbedenklich, wenn dadurch weder die Übereignungsverpflichtung des Verkäufers aufgehoben noch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Käufers

104) Dieses Beispiel ist entnommen aus: Ulmer-Brandner-Hensen, Anh. zu §§ 9 - 11 Rz 656, S. 490; ebenso Graf Lambsdorff, BB 1982, 336, 338.

105) Graf Lambsdorff, BB 1982, 336, 338.

sittenwidrig eingeengt würde. Aus beiden Gesichtspunkten ergibt sich jedoch auch hier die Sittenwidrigkeit des KEV: Der Käufer kann an der Kaufsache gegen den Willen des Verkäufers kein Eigentum erwerben und wird deshalb in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bezüglich der Kaufsache in der Regel sittenwidrig eingeschränkt. Wer Inhaber der in die Erweiterung einbezogenen Forderungen ist und aus welchen Rechtsgeschäften diese Forderungen resultieren, spielt für die rechtliche Beurteilung keine Rolle ¹⁰⁶⁾.

Hierin zeigt sich deutlich, daß die Erweiterung des KEV nicht aufgrund der Wahl des Konzernverbundes als Anknüpfungspunkt rechtlich bedenklich ist, sondern wegen der Einbeziehung künftiger Forderungen, die auch noch nach einem Kontoausgleich entstehen können; so können ja beispielsweise auch Forderungen aus Zubehörlieferungen noch nach diesem Zeitpunkt entstehen. Ausgeschlossen ist das Entstehen weiterer gesicherter Forderungen erst nach Ende der Lebensdauer der Vorbehaltssache; dann aber ist der Eigentumsübergang für den Käufer wertlos.

Wenn demgegenüber die Meinung vertreten wird, durch einen funktionalen Zusammenhang zwischen den Inhabern der mitgesicherten Forderungen könne der KEV mit dem "Vertragszweck in Einklang" gebracht werden ¹⁰⁷⁾, so ist dies Ausdruck der hier abgelehnten Vorstellung, die Sittenwidrigkeit des KEV ergebe sich aus dem Umstand, daß die übrigen Konzernunternehmen an dem Vorbehaltskauf selbst unbeteiligt sind ¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁶⁾ Ähnlich Serick V, § 59 IX 1 a, S. 143.

¹⁰⁷⁾ Graf Lambsdorff, BB 1982, 336, 337 f.

¹⁰⁸⁾ Diese Ansicht muß bei Graf Lambsdorff besonders überraschen, da er selbst den Grund für die Unwirksamkeit des KEV u.a. in der übermäßigen Länge der Sicherungszeit sieht; daran ändert sich durch die vorgeschlagene Modifikation des KEV nichts Entscheidendes.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Vorbehaltskäufer sämtliche sachbezogenen Zusatzleistungen von Unternehmen in Anspruch nimmt, die nicht dem Konzernverbund des Verkäufers angehören. In diesem Fall werden außer der Kaufpreisforderung keine weiteren zu sichernden Forderungen entstehen. Ein Eigentumsübergang setzte aber darüberhinaus noch voraus, daß der Käufer sicherstellt, keine sachbezogenen Zusatzleistungen durch Konzernunternehmen mehr zu erhalten; denn es muß ja jede Möglichkeit des Entstehens weiterer gesicherter Forderungen entfallen. Es wäre aber ein Widerspruch in sich, wenn die Parteien einerseits einen in der vorgeschlagenen Form erweiterten KEV vereinbaren und andererseits die Möglichkeit des Entstehens weiterer sachbezogener Forderungen ausschließen.

dd. Vereinbarung eines auf alle künftigen Forderungen erweiterten KEV in Verbindung mit einer Veräußerungsermächtigung

Als Beschränkungsmöglichkeit eines auf alle künftigen Forderungen erweiterten KEV kommt schließlich die mit seiner Vereinbarung einhergehende Veräußerungsermächtigung zugunsten des Käufers in Betracht.

Diese Beschränkungsmöglichkeit ist strukturell von den oben erörterten verschieden. Es handelt sich um keine sachliche Eingrenzung des Kreises der in die Sicherungsvereinbarung einbezogenen Forderungen; es geht vielmehr um das Sicherungsmittel selbst, dessen Veräußerung dem Käufer gestattet wird, obgleich er nicht Eigentümer ist. Bei der rechtlichen Beurteilung ist zu unterscheiden, ob es sich bei der Vorbehaltsware um solche handelt, die bei dem Käufer endgültig verbleiben soll (sog. Betriebsmittel), oder ob sie zur Weiterveräußerung bestimmt ist (sog. Handelsware).

Im Fall des Verkaufs von Betriebsmitteln ist diese Beschränkung irrelevant: denn die Ware ist ja gerade zum

Verbleib beim Käufer bestimmt.

Bei der Veräußerung von Handelsware hingegen bestehen keine Gründe mehr, den Vorbehaltskauf als sittenwidrig zu bezeichnen. Zwar erlangt der Käufer bei Gebrauchmachen von der Veräußerungsermächtigung kein Eigentum an der Vorbehaltsware; der Verkäufer kommt seiner Übereignungsverpflichtung jedoch dadurch nach, daß er den Eigentumserwerb bei einem Dritten ermöglicht¹⁰⁹⁾. Desgleichen wird die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vorbehaltskäufers ausreichend gewährleistet: er wird in seiner wirtschaftlichen Entfaltung als Zwischenhändler nicht beeinträchtigt.

Ergebnis zum ersten Abschnitt:

1. Der KEV stellt eine Erweiterung des einfachen Eigentumsvorbehaltes dar, durch welche alle bestehenden und künftigen Forderungen des Vorbehaltsverkäufers und seiner Konzernangehörigen von der Vorbehaltsware mitgesichert werden.
 - a. Durch den KEV werden nur solche künftigen Forderungen gesichert, die bis zu einem Kontoausgleich zwischen dem Käufer und dem Verkäuferkonzern entstanden sein werden.
 - b. Gegen die Vereinbarung eines solchen KEV im Individualvertrag bestehen keine rechtlichen Bedenken.
 - c. Wenn die Globalzession der Banken mit einem verlängerten KEV kollidiert, ist sie nur insoweit sittenwidrig, als die Vorausabtretung zugunsten des Vorbehaltsverkäufers noch dessen Kaufpreisforderung sichern soll. Wenn diese Forderung erloschen ist, gilt im Verhältnis der konkurrierenden Vorausabtretungen der Grundsatz der Priorität.
2. Es besteht die Möglichkeit, den KEV in anderer Form zu vereinbaren.

¹⁰⁹⁾

Serick V, § 58 IV 6 a., S. 152 f.

- a. Durch den KEV können nur solche Forderungen gesichert werden, die bis zur Zahlung des Kaufpreises entstanden sein werden; in dieser Form ist der KEV in rechtlicher Hinsicht erst recht unbedenklich.
- b. Durch den KEV können alle denkbaren künftigen Forderungen des Konzernverbundes gesichert werden. Diese Version des KEV verstößt gegen § 138 I BGB unter zwei Gesichtspunkten:
 - durch die Einbeziehung aller denkbaren künftigen Forderungen ist ein Eigentumserwerb des Käufers gegen den Willen des Verkäufers nicht mehr möglich; hierdurch wird die Eigentumsverschaffungspflicht als Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag unzulässigerweise aufgehoben,
 - weil der Käufer nicht gegen den Willen des Verkäufers Eigentümer der Kaufsache werden kann, wird er in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in der Regel sittenwidrig eingeschränkt.
- c. Durch den KEV können alle denkbaren künftigen Forderungen des Konzernverbundes gesichert werden, die mit dem Vorbehaltskauf in einem Sachzusammenhang stehen. Dadurch wird aber die Sittenwidrigkeit des erweiterten KEV nicht ausgeräumt.
- d. Ein auf alle denkbaren künftigen Forderungen des Konzernverbundes erweiterter KEV kann in Verbindung mit einer Veräußerungsermächtigung vereinbart werden. Diese Variante ist rechtlich nur dann zulässig, wenn die Vorbehaltsware nicht zum Verbleib beim Vorbehaltskäufer bestimmt ist.

Zweiter Abschnitt:

Vereinbarung eines KEV in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers

I Einführung

Der KEV als Kreditsicherungsmittel des konzerngebundenen Warenlieferanten wird nicht nur regelmäßig, sondern fast ausschließlich in Verträgen vereinbart, in welche die AGB des Verkäufers einbezogen sind. Dies liegt daran, daß solche Verträge die typischen Merkmale aufweisen, die zur Entstehung von AGB geführt haben: Bei dem Kaufgegenstand handelt es sich um eine industrielles Serienprodukt, das für eine Vielzahl von möglichen Käufern produziert wird. Bei der Gestaltung der entsprechenden Kaufverträge hat der Verkäufer - da es sich um einen Kreditkauf handelt - ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran, von den auf den Barkauf zugeschnittenen dispositiven Vorschriften der §§ 433 ff BGB abzuweichen; denn diese tragen seinen wirtschaftlichen Sicherungsbedürfnissen als Warenkreditgeber nicht in ausreichendem Maße Rechnung. Sowohl was den Abschluß, als auch was die Abwicklung dieser Verträge angeht, liegt es für den Verkäufer nahe, sie zu standardisieren. Auf diese Weise erreicht er eine Rationalisierung seiner Geschäftsabschlüsse und erhöht die rechtliche Kalkulierbarkeit seiner Verträge

Das Mittel zur Erreichung dieser Ziele des Verkäufers ist die Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1) Hierin liegt auch die Begründung für die historische Entwicklung von AGB mit Beginn der industriellen Revolution im 19. Jahrhundert; vgl. BTDrucks. 7/3919, S. 13 unter 7).

für den Verkauf seiner Ware. Mit ihrer Hilfe vermag er eine einheitliche Umformung der Vorschriften des Kaufrechts zu erreichen und auf diese Weise auch seinem Sicherheitsbedürfnis Genüge zu tun. Der Verkäufer kann in diesen AGB detailliert die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien verbindlich festlegen. Hierdurch erhöht er sowohl die Rechtssicherheit bei der Abwicklung des Vertrages als auch die Kalkulierbarkeit seiner eigenen Geschäftsrisiken. Darüber hinaus trägt er so zur Beschleunigung seiner geschäftlichen Aktivitäten bei.

Diesen nicht nur für den Verwender von AGB positiven Funktionen stehen jedoch auch negative gegenüber: Die einseitig vorformulierten Bedingungen bergen im hohen Maße die Gefahr, daß der Verwender einseitig einen Interessenausgleich in der Form vornimmt, daß die eigene Rechtsposition zu Lasten des Vertragspartners möglichst umfassend gestärkt wird. Diese Regelung vermag er immer dann durchzusetzen, wenn er sich dem Käufer gegenüber in einer wirtschaftlich stärkeren Position befindet. Die Einbeziehung seiner AGB verschafft dem Verwender dann neben seinem wirtschaftlichen auch noch einen organisatorischen Vorsprung²⁾: Die Aufstellung von AGB setzt eine eingehende Analyse der rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände voraus, die es dem Verwender ermöglicht, alle möglichen rechtlichen Konsequenzen zu erkennen und ihre negativen Auswirkungen auf den Vertragspartner abzuwälzen. Die AGB sind dann für den Käufer nicht nur wegen ihres Inhalts nachteilig, sondern auch deshalb, weil er deren Bedeutung häufig in ihrem ganzen Umfang nicht vollständig zu erfassen vermag. Das gilt auch und besonders für AGB, in denen ein KEV vereinbart wird; denn diese Erweiterung des Eigen-

2) Zu diesem Begriff vgl. BTDrucks. 7/3919, S. 13 unter 7).

tumsvorbehaltes verzögert den Eigentumsübergang erheblich, und dies kann für den Käufer schwer erkennbar sein.

Diese Ausgangssituation unterscheidet sich erheblich von jener, die der Gesetzgeber im ausgehenden 19. Jahrhundert vor Augen hatte, als er dem BGB eine grundsätzliche Vertragsfreiheit zugrunde legte; denn dabei ging er davon aus, daß die Vertragsbedingungen von Partnern ausgehandelt werden, die annähernd gleich stark sind ³⁾.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erscheint aber dann nicht mehr als der richtige Ausgangspunkt, wenn es sich um einseitig vorformulierte Klauselwerke handelt, die einem wirtschaftlich Schwächeren den Willen eines anderen diktieren. Für diesen Fall sind die Regelungen des BGB unzureichend.

In Erkenntnis dieser Umstände hat der Gesetzgeber das AGB-Gesetz erlassen, das am 1. April 1977 in Kraft trat. Unter Berufung auf seine aus dem sozialen Rechtsstaatsprinzip resultierende Verpflichtung ⁴⁾ hat er damit ein Gesetz geschaffen, das - unter Würdigung und Einbeziehung der bis dahin von der Rechtsprechung entwickelten Richtlinien - einen Kontrollmaßstab für AGB darstellt mit dem Ziel, einen gerechten gegenseitigen Interessenausgleich

3) Womit nicht gesagt sein soll, daß keines der Mitglieder des Reichstages die sich aus der Vertragsfreiheit ergebenden möglichen Probleme für den wirtschaftlich Schwächeren erkannt hat; vgl. dazu die Rede von Dr. von Rintelen, Mugdan, Bd. 1, S. 558.

4) BTDrucks. 7/3919, S. 9 unter 1).

zu gewährleisten. Dabei sollte aber lediglich die der Vertragsgestaltung vorgegebene Überlegenheit des AGB-Verwenders ausgeglichen werden; ansonsten sollte die Privatautonomie nicht mehr als zu diesem Zweck erforderlich eingeschränkt werden ⁵⁾. Von dieser grundsätzlichen Überlegung muß auch die folgende Untersuchung ausgehen.

II. § 3 AGBG; Einbeziehung des KEV in den Vertrag

Die Untersuchung der Zulässigkeit der Vereinbarung eines KEV im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muß zunächst der Frage nachgehen, ob diese Klausel überhaupt wirksam in den Vertrag einbezogen werden kann. Die Regeln hierzu finden sich in § 2 AGBG und in Ergänzung dazu in § 3 AGBG. Während § 2 AGBG außer Betracht zu bleiben hat - wegen der Beschränkung der Untersuchung auf den kaufmännischen Verkehr - muß die Einbeziehung des KEV am Maßstab des § 3 AGBG geprüft werden ¹⁾.

1. Systematische Stellung und Gesetzeszweck

Das vom Gesetzgeber durch das Verbot überraschender Klauseln gem. § 3 AGBG angestrebte Ziel besteht darin, ein Mindestmaß an Vertrauen in die Redlichkeit des Geschäftsverkehrs zu schützen ²⁾.

Die Notwendigkeit eines solchen zusätzlichen Schutzes ergibt sich aus dem Unterwerfungscharakter der Zustimmung

⁵⁾ BTDrucks. 7/3919, S. 13 unter 7).

¹⁾ Allerdings müssen auch unter Kaufleuten die AGB einbezogen sein, nur nicht nach den strengen Regeln des § 2 AGBG; vgl. Palandt-Heinrichs, § 2 AGBG Anm. 6).

²⁾ Ulmer-Brandner-Hensen, § 3 Rz 2.

des Kunden zur Einbeziehung der AGB in den Vertrag. Der Gesetzgeber war der Ansicht, der Vertragspartner des Verwenders sei in seiner rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit überfordert, wenn seiner auf Unterwerfung gerichteten Einbeziehungserklärung eine ebenso strikte Rechtsbindungswirkung beigemessen werde, wie dies bei einem individual ausgehandelten Vertrag der Fall ist³⁾ .

Systematisch stellt die Regelung des § 3 AGBG eine Ergänzung und Spezifizierung zu § 2 AGBG und mithin eine weitere Voraussetzung für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag dar⁴⁾ . Dieser Regelungskomplex hat gegenüber der Inhaltskontrolle eine eigenständige Bedeutung und muß davon unterschiedlich und getrennt untersucht werden⁵⁾ . Dadurch soll der Vertragspartner des Verwenders noch auf einer anderen Ebene, zusätzlich zur Inhaltskontrolle der §§ 9 ff AGBG geschützt und damit von seiner Pflicht befreit werden, die inhaltliche Unangemessenheit der Klausel dartun zu müssen⁶⁾ .

Andererseits ist die Prüfung der Einbeziehung einer Klausel auch vorrangig vor der Auslegung gem. §§ 4 und 5 AGBG; denn die Auslegung einer Klausel setzt logisch deren vorherige Einbeziehung in den Vertrag voraus.

2. Prüfung am Maßstab des § 3 AGBG

Schlagwortartig läßt sich "überraschend" i.S. des § 3

3) BTDrucks. 7/3919, S. 19.

4) Ulmer-Brandner-Hensen, § 3 Rz 4.

5) BTDrucks. 7/3919, S. 19.

6) BTDrucks. 7/3919, S. 19.

AGBG definieren als eine übergroße Diskrepanz zwischen der Vorstellung des Käufers von den Vertragsbedingungen und dem tatsächlichen Inhalt der streitigen Klausel; ihr muß ein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnen^{6a)}. Eine Bestimmung in AGB soll dann nicht Vertragsbestandteil werden, wenn der Vertragspartner mit ihr nicht hat rechnen können und müssen.

Erforderlich ist daher zunächst die Ermittlung der Vorstellungen und Erwartungen des Vertragspartners. Dabei kann jedoch nicht abgestellt werden auf den Einzelfall, die spezifischen Erwartungen des konkreten Kunden, sondern es muß ein allgemeiner Maßstab angelegt werden⁷⁾. Das erklärt sich aus dem Schutzzweck des § 3 AGBG: dadurch wird generell das Vertrauen in die Redlichkeit des Geschäftsverkehrs geschützt, nicht die besonderen, aus persönlichen Erfahrungen gewonnenen Erwartungen des speziellen Kunden⁸⁾. Auszugehen ist daher von dem Erwartungshorizont derjenigen Kundengruppe, mit der die Verträge - in die die AGB einbezogen werden sollen - typischerweise abgeschlossen werden: dem Erwartungshorizont von Kaufleuten. Dieser allgemeine Erwartungshorizont muß sodann verglichen werden mit dem Inhalt der zu untersuchenden Klausel⁹⁾. Im Anschluß daran kann mittels eines Vergleichs festgestellt werden, ob zwischen der Erwartungshaltung der typischen Kundengruppe und der konkreten Klausel eine solche Diskrepanz besteht, daß die untersuchte AGB-Klausel als nicht in den Vertrag einbezogen gelten muß.

6a) So BGH Z 84, 113.

7) Vgl. MK-Kötz, § 3 AGBG Rz 4.

8) MK-Kötz, § 3 AGBG Rz 4 unter 3 a).

9) Dieser Inhalt der Klausel seinerseits muß anhand objektiver Kriterien gemessen werden: den charakteristischen Zügen des Vertrages, seinem Leitbild und seinem Wesensgehalt; vgl. Witte, S. 36 unter a).

Hierzu haben sich bestimmte Fallgruppen herausgebildet. Ungewöhnlich sind demnach ¹⁰⁾ :

- Klauseln, die neue Hauptleistungspflichten begründen;
- Klauseln, die den vertraglichen Gegenseitigkeitscharakter beseitigen;
- Klauseln, die dem Vertrag einen qualitativ anderen Charakter geben und
- Klauseln, die das typenmäßige Leistungsverhältnis ganz wesentlich verschieben.

Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend; es muß daher im folgenden eine genaue Untersuchung anhand der genannten Kriterien erfolgen.

a. Inhalt des KEV

Zum Inhalt des KEV ist zunächst auf die obigen Ausführungen zur Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung zu verweisen ¹¹⁾.

b. Kaufmännischer Erwartungshorizont bezüglich des Warenlieferungsvertrages

Die Bestimmung des Erwartungshorizonts der typischen Kundengruppe - der Kaufleute also - muß die Feststellung zum Ausgangspunkt nehmen, daß der zugrunde liegende Kaufvertrag eine Überlassung der Kaufsache an den Käufer auf Kredit enthält. Diese Feststellung ist deshalb so wesentlich, weil sich daraus zumindest für den kaufmännischen Verkehr eindeutig ergibt, daß der den Kredit gewährende Verkäufer hierzu nur bereit sein wird, wenn er dafür

¹⁰⁾ Vgl. Witte, S. 34 ff. m.w.N.

¹¹⁾ Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a. - d.; zur Auslegung anhand von § 5 AGBG siehe unten Teil I 2. Abschn. III. 2. b.

eine Sicherung erhält ¹²⁾. Der kaufmännische Kunde auf der anderen Seite muß bei einem solchen Kreditkauf ¹³⁾ damit auch rechnen. Für die Bestimmung des kaufmännischen Erwartungshorizonts ist dies von Bedeutung: Die Vereinbarung eines KEV entspricht zumindest insoweit den Erwartungen des kaufmännischen Kunden, als sie eine Kreditsicherung enthält.

Darüber hinaus müssen gemäß der Begründung zum AGBG und nach einhelliger Meinung in der Literatur bei der Ermittlung der Vorstellungen und Erwartungen des Kunden sämtliche Umstände berücksichtigt werden ¹⁴⁾. Erwähnt werden dabei besonders das äußere Erscheinungsbild des Vertrages, die Werbung des Verwenders, der Gang und Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie die Fassung und Aufmachung der Vertragsurkunde ¹⁵⁾.

Auf alle diese Einzelheiten kann im Rahmen der vorliegenden Studie, die sich mit der generellen Vereinbarkeit

¹²⁾ Bei einer geschäftsunerfahrenen Käufergruppe außerhalb des kaufmännischen Verkehrs könnte diese Beurteilung nicht getroffen werden, woraus sich eine unterschiedliche Bewertung des KEV hinsichtlich des § 3 AGBG ergeben kann.

¹³⁾ Zu dem Begriff des Kreditkaufs vgl. BGH ZIP 1980, 1090 (1091) unter II 1.

¹⁴⁾ Vgl. statt vieler: Ulmer-Brandner-Hensen, § 3 Rz 18, 19 unter Berufung auf die Begründung zum Referentenentwurf.

¹⁵⁾ Bei der Vertragsurkunde gilt dies besonders für die Überschrift, vgl. BGH NJW 1978, 1519 (1520).

des KEV mit dem AGBG befaßt, nicht eingegangen werden; sie müssen bei der Beurteilung daher zunächst außer Betracht bleiben¹⁶⁾. Sollte sich allerdings herausstellen, daß der KEV als überraschende Klausel i.S. des § 3 AGBG grundsätzlich keinen Eingang in den Vertrag finden kann, so wäre im Anschluß daran zu erörtern, ob der Überraschungseffekt dieser Klausel im Einzelfall durch gezielte Hinweise beseitigt werden kann mit der Folge, daß sie als in den Vertrag wirksam einbezogen gilt.

Dabei wäre dann aber zu beachten, daß aufgrund solch zusätzlicher Abreden die Anwendbarkeit von § 3 AGBG ausgeschlossen sein kann. Das kann einerseits der Fall sein, wenn Erwartungen des Kunden zum Gegenstand individualvertraglicher Vereinbarungen gemacht werden: Dann bestimmt § 4 AGBG, daß die den Erwartungen insoweit widersprechende AGB-Klausel durch die Individualvereinbarung verdrängt wird und es einer Prüfung der Einbeziehung nicht mehr bedarf.

Andererseits kann ein ausdrücklicher Hinweis auf den Inhalt der Konzernklausel mit der sich daran anschließenden Einverständniserklärung des Kunden eine Individualabrede i.S. des § 1 II AGBG darstellen und die Klausel auf diese Weise einer Prüfung am Maßstab des AGB-Gesetzes und damit auch des § 3 AGBG gänzlich entziehen.

c. Überraschungscharakter des KEV

Gegen den erweiterten Eigentumsvorbehalt in Form des

16) Abgesehen davon erscheint es nicht möglich, sämtliche Umstände aufzuführen, die als Vertrauensgrundlage in Betracht kommen, vgl. BTDrucks. 7/3919, S. 20.

KEV werden im Rahmen des § 3 AGBG eine Reihe von Bedenken geltend gemacht ¹⁷⁾. Diese zielen in zwei Richtungen: Zum einen wird argumentiert, der KEV sei zumindest dann überraschend, wenn es an der Voraussetzung der wirtschaftlichen Verbundenheit der rechtlich selbständigen Unternehmen i.S. des § 15 AktG fehlt ¹⁸⁾. Zum anderen wird weitergehend behauptet, dieses Rechtsinstitut scheitere immer an der Vorschrift des § 3 AGBG; denn selbst bei Vorliegen eines Konzern i.S. des Aktienrechts brauche der Kunde nicht mit einer Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf die künftigen Forderungen sämtlicher Konzernmitglieder zu rechnen ¹⁹⁾. Diese Ansicht wird teilweise damit begründet, daß das Erscheinungsbild gängiger Kaufverträge üblicherweise dadurch gekennzeichnet sei, daß ein KEV nicht vereinbart ist ²⁰⁾.

Das zuerst genannte Bedenken - Notwendigkeit der wirtschaftlichen Verbundenheit i.S. des § 15 AktG - ist begründet. Denn der Kunde braucht - selbst wenn er Kaufmann ist - nicht damit zu rechnen, daß durch die Sicherungsvereinbarung sogar Unternehmen begünstigt werden, die mit dem Verkäufer noch nicht einmal i. S. des § 15 AktG verbunden sind ²¹⁾; schließlich kann er davon ausgehen,

17) Lambsdorff-Hübner, Rz 93, S. 113; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 3 Rz 18; Ulmer-Brandner-Hensen, § 3 Rz 34; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 3 Rz 25; Schmidt-Salzer, E 25 unter Nr. 4; vgl. dazu auch Trinkner, FS Cohn S. 191 (195).

18) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 3 Rz 25.

19) Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 3 Rz 18; Graf von Westphalen, DB 1977, 1639; Honseil, JuS 1981, 705 (707); a.A. Thamm, BB 1978, 20.

20) Lambsdorff-Hübner, Rz 93, S. 113.

21) Hierbei handelt es sich nicht um das oben erörterte Problem des Begriffs des Konzerns i.S. des § 18 AktG; § 15 AktG zählt vielmehr die "verbundenen Unternehmen" auf, zu denen auch - aber nicht nur - Konzernunternehmen gehören.

daß der AGB-Verwender im Wirtschaftsverkehr keine direkten Interessenverknüpfungen mit anderen Rechtssubjekten hat - die mit seinen Interessen als Kunde kollidieren -, wenn nicht der geringste Hinweis darauf gegeben ist. Die Diskrepanz zwischen dem Erwartungshorizont und dem tatsächlichen Inhalt der AGB-Klausel ist auch so groß, daß die Regelung überraschend i.S. des § 3 AGBG genannt werden muß und in den Vertrag unter diesen Umständen nicht einbezogen werden kann.

Da in der vorliegenden Arbeit aber davon ausgegangen wird, daß die begünstigten Unternehmen und der Warenlieferant sogar einen Konzern i.S. des § 18 AktG bilden, greift das dargestellte Bedenken gegen den so definierten KEV nicht durch: denn bei Vorliegen eines echten Konzerns ist dem kaufmännischen Kunden, der im konkreten Fall von der Konzernzugehörigkeit weiß, die Interessenverknüpfung deutlich und kann von daher den KEV nicht zu einer überraschenden Klausel i.S. des § 3 AGBG machen²²⁾.

Noch strenger in ihrer Beurteilung sind diejenigen Autoren, die den KEV auch dann für überraschend i.S. des § 3 AGBG halten, wenn der AGB-Verwender mit den begünstigten Unternehmen einen Konzern i.S. des § 18 AktG bildet²³⁾. Sie stützen ihre Argumentation auf die inhaltliche Reichweite dieser Klausel. Überraschend sei demnach vor allem, daß durch die Vereinbarung eines KEV das Eigentum an der Vorbehaltssache erst in unabsehbarer Zeit auf den Käufer übergehen wird.

22) Hier besteht wirtschaftlich kein wesentlicher Unterschied mehr zu der Konstellation, daß es sich nicht um einen Konzern, sondern um ein Großunternehmen mit mehreren Filialen handelt; so auch Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 3 Rz 25.

23) Vgl. oben, S. 68 Fn 17).

Dieser strengen Beurteilung einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten KEV-Klausel soll hier nicht gefolgt werden.

Am einfachsten zu entkräften ist dabei das Argument, das gewöhnliche Erscheinungsbild gängiger Kaufverträge beinhalte keinen KEV, so daß der Vertragspartner mit einer solchen Klausel auch nicht zu rechnen brauche ²⁴⁾.

Wäre diese Argumentation nämlich stichhaltig, hätten seit der Einführung des AGB-Gesetzes nicht mehr erstmalig neue Klauseln eingeführt werden können: sie wären wegen § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden, da sie in gängigen Kaufverträgen bis dato noch nicht enthalten waren ²⁵⁾. Das kann aber nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der in der Begründung zum AGBG ausdrücklich neben den Gefahren, welche die Einbeziehung von AGB für den Kunden beinhalten, auch deren positive Funktion hervorgehoben hat ²⁶⁾. Mit diesem Argument läßt sich mithin generell nicht begründen, daß solche AGB-Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden, die sich in gängigen Verträgen nicht finden.

Daran kann man erkennen: Die Voraussetzungen des § 3 AGBG sind nicht bereits dann erfüllt, wenn eine Klausel einen bestimmten Grad an Häufigkeit unterschreitet. ²⁷⁾

Dies gilt unabhängig von der Feststellung, daß umgekehrt die Häufigkeit der Verwendung einer bestimmten Klausel das Eingreifen des § 3 AGBG ausschließen kann. Die Einführung einer AGB-Klausel muß neben der seltenen Verwendung so ungewöhnlich sein, daß der Kunde mit ihr nicht zu

²⁴⁾ Lambsdorff-Hübner, Rz 93, S. 113.

²⁵⁾ So auch Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 3 Rz 11.

²⁶⁾ BTDrucks. 7/3919, S. 9.

²⁷⁾ Insoweit richtig Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 3 Rz 11.

rechnen braucht. Hieraus ergibt sich das Erfordernis einer zusätzlichen Bewertung im Hinblick darauf, ob sie dem generellen Einverständnis des Kunden und damit dessen Unterwerfung unter die AGB des Verwenders noch entspricht. Der Gesetzestext verweist dabei allgemein auf die Umstände des Vertrages, speziell dessen äußeres Erscheinungsbild ²⁸⁾.

Daß dieser zweite Gesichtspunkt - das äußere Erscheinungsbild des Vertrages - im Rahmen der vorliegenden Studie nicht bewertet werden kann, wurde oben bereits festgestellt ^{28a)}.

Das erste Kriterium hingegen - die allgemeinen Umstände des Vertragsschlusses - ist Ausgangspunkt für die Lösung der aufgeworfenen Frage; denn insoweit kann festgehalten werden: der KEV wird als Sicherungsmittel des konzerngebundenen Warenlieferanten im kaufmännischen Verkehr vereinbart. Dabei sind drei Elemente von wesentlicher Bedeutung:

- Der Warenlieferant gehört einem Konzernverbund i.S. des Aktienrechts an;
- er gewährt einen Warenkredit und will sich hierfür mit Hilfe des KEV sichern; und
- die Vereinbarung wird im Rahmen des kaufmännischen Verkehrs getroffen, der an die beteiligten Kreise größere Anforderungen hinsichtlich ihrer Wachsamkeit bei der Wahrung ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen stellt.

Das erste Element wurde bereits besprochen und erwies sich als entscheidend dafür, daß der KEV nicht schon

²⁸⁾ Der Gesetzgeber hat bewußt von einer weiteren Präzisierung abgesehen, da er eine Aufzählung sämtlicher Bewertungskriterien für unmöglich hielt, vgl. BTDrucks. 7/3919, S. 19 (20).

^{28a)} Siehe oben Teil I 2. Abschn. II. 2. b.

wegen der Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf die übrigen Konzernmitglieder an § 3 AGBG scheitert, solange es sich um einen Konzernverbund i.S. des Aktiengesetzes handelt. Die anderen beiden Elemente vermögen jene Bedenken gegen die Einbeziehung des KEV zu entkräften, die sich aus dessen inhaltlicher Reichweite ergeben.

Dabei ist zunächst hervorzuheben, daß der zugrunde liegende Kaufvertrag eine Warenlieferung auf Kredit vorsieht. Eine solche Kreditgewährung wird aber nur in Ausnahmefällen ohne eine entsprechende Kreditsicherung vorgenommen. Hierbei handelt es sich für den Warenlieferanten um eine wirtschaftliche Notwendigkeit, die so offensichtlich ist, daß es für den Kunden grundsätzlich nicht überraschend sein kann, wenn der AGB-Verwender ihr Rechnung trägt. Mit einer solchen Regelung muß der Vertragspartner rechnen²⁹⁾.

Der kaufmännische Kunde muß darüber hinaus aber auch mit Kreditsicherungsmitteln rechnen, die in der Praxis seltener vorkommen und eine umfassendere Sicherung gewähren; denn diese typische Kundengruppe³⁰⁾ hat eine größere Erfahrung im Geschäftsleben, und an ihre Aufmerksamkeit sind ebenso größere Anforderungen zu stellen, wie es ihr zuzumuten ist, ihre wirtschaftlichen Interessen im erhöhten Maße selbst zu wahren. Das entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers, wie sich aus § 24 I Nr. 1 AGBG ergibt: Dort sind einige Schutzbestimmungen des AGB-Gesetzes für unanwendbar erklärt worden, sofern die AGB gegenüber

29) Deshalb werden auch gegen den einfachen Eigentumsvorbehalt keine Bedenken geltend gemacht, vgl. dazu die ansonsten sehr kritischen Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, die den einfachen Eigentumsvorbehalt nicht bei den überraschenden Klauseln aufführen, § 3 Rz 17 ff.

30) Hierauf kann abgestellt werden, so ausdrücklich Ulmer-Brandner-Hensen, § 3 Rz 13 .

einem Kaufmann verwendet werden und der Vertrag Teil der Ausübung seines Handelsgewerbes ist. Diese Beurteilung wirkt sich auch auf die Frage aus, welche Klauseln für einen Kaufmann so ungewöhnlich sind, daß er damit nicht rechnen muß: bei einem Warenlieferungsvertrag muß er nicht nur mit den üblichen Kreditsicherungsmitteln des Verkäufers rechnen, sondern auch mit weniger gebräuchlichen oder sogar seltenen. Das gilt selbst für Klauseln, die erstmalig eingeführt werden. Voraussetzung ist eben nur - neben dem oben bereits erwähnten Erfordernis des erkennbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Verkäufer und Konzernangehörigen - der Hintergrund: die Gewährung eines Warenkredits durch den Verkäufer. Nur wenn ein solcher Kredit nicht gewährt wird, das Sicherungsmittel also nicht im Zusammenhang mit dem zugrunde liegenden Kaufvertrag steht, sondern ausschließlich andere Forderungen sichern soll, kann eine entsprechende Klausel auch für den kaufmännischen Kunden überraschend i.S. des § 3 AGBG sein und an dieser Vorschrift scheitern ³¹⁾.

Dieses Ergebnis wird noch dadurch unterstützt, daß der KEV unter keine der oben beschriebenen Fallgruppen subsumiert werden kann ³²⁾; insbesondere wird durch seine Vereinbarung weder der Gegenseitigkeitscharakter des Vertrages beseitigt, noch erhält dieser Vertrag einen qualitativ anderen Charakter: Der Warenlieferungsvertrag bleibt vielmehr ein Kaufvertrag, der die gegenseitigen Hauptleistungspflichten

31) Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein KEV trotz sofortiger Tilgung der Kaufpreisschuld vereinbart werden soll, um dadurch die bestehenden und künftigen Forderungen des Konzernverbundes aus anderen Geschäften zu sichern.

32) Siehe oben Teil I 2. Abschn. II. 2.

grundsätzlich bestehen läßt.

Etwas anderes gilt nur, wenn durch einen zwischenzeitlichen Kontoausgleich ein Eigentumsübergang nicht herbeigeführt würde. In diesem Fall wäre - entsprechend den obigen Ausführungen ³³⁾ - ein Eigentumsübergang auf den Käufer praktisch nie möglich; hierdurch würde die Hauptleistungspflicht des Verkäufers aufgehoben; dies wäre aber auch für einen Kaufmann überraschend, denn schließlich hat er ja einen Kaufvertrag abgeschlossen. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung ergeben sich die genannten Bedenken jedoch nicht.

Das Ergebnis gilt unabhängig von einer eventuellen Unangemessenheit des KEV i.S. des § 9 AGBG ³⁴⁾. Hierin zeigt sich die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Einbeziehung und Inhaltskontrolle. Während bei der Inhaltskontrolle ermittelt wird, ob eine Klausel inhaltlich angemessen ist, hat § 3 AGBG eine andere Zielrichtung: die Feststellung, ob die Umstände des Vertragsschlusses so beschaffen waren, daß das Vertrauen des Kunden in die Redlichkeit des Geschäftsverkehrs nicht enttäuscht wird ³⁵⁾.

Ergebnis: Der KEV ist nicht überraschend i.S. des § 3 AGBG.

33) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. h. bb. (3) (e).

34) H.M.: Dietlein-Rebmann, § 3 Rz 1; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 3 Rz 11; Staudinger-Schlosser, § 3 AGBG Rz 2; BGH WM 1978, 406, 408; a.A. Erman-Hefermehl, § 3 AGBG Rz 3, 6.

35) Deshalb können Klauseln, die inhaltlich angemessen erscheinen, an § 3 AGBG scheitern, wenn ihre Vereinbarung nach den Umständen überraschend war, vgl. Witte, S. 35.

III. §§ 4, 5 AGBG; Bestimmung der Reichweite des wirksam einbezogenen KEV

Als nächstes ist der in den Warenlieferungsvertrag einbezogene KEV in seiner Reichweite zu bestimmen. Dabei ist eine Prüfung anhand der §§ 4 und 5 AGBG geboten.

1. § 4 AGBG; Vorrang der Individualabrede

§ 4 AGBG gewährt individuellen Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hierdurch soll klargestellt werden, daß das Schema der AGB zurückzutreten hat, sobald die Parteien des Einzelvertrages eine davon abweichende Regelung getroffen haben ¹⁾.

a. Systematische Stellung des § 4 AGBG

Der Grundsatz des § 4 AGBG war bereits vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes unbestritten ²⁾. Das entsprach auch der ständigen Rechtsprechung ³⁾, so daß gegenüber der früheren Rechtslage keine wesentliche Änderung eingetreten ist ⁴⁾.

Zur systematischen Stellung des § 4 AGBG führt die Begründung

1) BTDrucks. 7/3919, S. 20.

2) So schon Raiser, AGB, S. 230 ff.

3) BGH Z 49, 84 (86 f.); 52, 30 (35); BGH BB 60, 227; BGH VersR 1968, 263 (264); BGH NJW 1975, 1963; BGH WM 1977, 533, 534.

4) So ausdrücklich BGH WM 1982, 447 (450).

zum Referentenentwurf aus, es solle sich lediglich um eine klarstellende Auslegungsregel handeln⁵⁾. Aus dieser Bemerkung und aus den weiteren Ausführungen ergibt sich, daß die Auslegungsregel für den Fall eingreifen soll, daß in dem speziellen Einzelvertrag ausdrücklich zusätzliche Regelungen getroffen worden sind⁶⁾. Ergänzend hierzu wurde in der Literatur festgestellt, daß die Hauptbedeutung des § 4 AGBG daher in seinem Charakter als Formvorschrift liege⁷⁾; denn er fordere den Vorrang der Individualabrede unabhängig von deren Form⁸⁾. Die h.M. in der Literatur schließt sich der Beurteilung des § 4 AGBG als Auslegungsregel an⁹⁾.

Dieser Standpunkt wird auch in der vorliegenden Untersuchung eingenommen. Das Ergebnis ergibt sich sowohl aus der Begründung zum Referentenentwurf als auch aus dem Wortlaut

5) BTDrucks. 7/3919, S. 20: Diese Vorschrift soll klarstellen, daß Vereinbarungen, die besonders für einen bestimmten Einzelfall getroffen werden, durch inhaltlich abweichende AGB nicht zunichte gemacht oder ausgehöhlt werden können.

6) BTDrucks. 7/3919, a.a.O.: Zur Verdeutlichung werden Beispiele genannt, in denen der Vertragspartner seine Sonderwünsche besonders festgehalten hat, so z.B. einen bestimmten Liefertermin.

7) Feh1, S. 99.

8) Diese Intention des Gesetzgebers wird in der Praxis allerdings kaum realisiert werden; denn das sehr viel größere Problem der Beweisbarkeit solcher mündlichen Vereinbarungen bleibt ungelöst.

9) Vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes schon Raiser, AGB, S. 231; ebenso Ulmer-Brandner-Hensen, § 4 Rz 7; MK-Kötz, § 4 AGBG Rz 1; Dietlein-Rebmann, § 4 Rz 2; Palandt-Heinrichs, § 4 AGBG Anm. 1; Larenz AT, § 29 a II; a.A. Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 4 Rz 11, die in § 4 AGBG eine Konkretisierung des Verbotes des venire contra factum proprium sehen.

der Vorschrift; diese regelt die Rangfolge zweier Vereinbarungen, was üblicherweise im Wege der Auslegung geschieht. Daraus ergibt sich auch der systematische Standort des § 4 AGBG: Erst nachdem feststeht, ob und in welchem Umfang die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers in den Kaufvertrag einbezogen sind, kann ihr Verhältnis zu Individualabreden geklärt werden ¹⁰⁾.

Auf der anderen Seite ist § 4 AGBG aber auch scharf von der Inhaltkontrolle der §§ 9 ff AGBG zu trennen: Während sich diese Vorschriften mit der Angemessenheit des Inhalts wirksam in den Vertrag einbezogener Klauseln befassen, befaßt sich jene Regelung mit der Vorfrage, ob die betreffende Klausel nicht bereits durch eine anderslautende Individualvereinbarung verdrängt wird ¹¹⁾. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es dann wieder ab, ob eine Angemessenheitsprüfung überhaupt vorgenommen werden muß.

Trotz dieser theoretisch klaren Abgrenzung können Unklarheiten darüber bestehen, im Rahmen welcher Vorschrift Bedenken gegen eine Klausel zu erörtern sind. Diese Unklarheiten resultieren daraus, daß unangemessene Klauseln unter Umständen gleichzeitig mit der zugrundeliegenden Individualabrede kollidieren können. Ob und inwieweit eine solche Kollision tatsächlich möglich ist, hängt

10) Witte, S. 41 unter 1.; Trinkner, FS Cohn S. 191, 192; MK-Kötz, § 4 AGBG Rz 2,3; Dietlein-Rebmann, § 4 Rz 2; Schmidt-Salzer, E 9 f.; Koch-Stübing, § 4 Rz 1;

11) So auch Witte, S. 41 ff.; Stein, § 4 Rz 6.

in erster Linie von der Reichweite des § 4 AGBG ab: Je großzügiger man einen Verstoß der AGB-Klausel gegen die Individualvereinbarung bejaht, desto näher kommt man an oder in den Bereich der Inhaltskontrolle ¹²⁾.

Eine solche Konkurrenz ist auch bei der Untersuchung des KEV möglich: Die Erschwerung der Eigentumserlangung durch den Käufer kann unangemessen sein i.S. des § 9 AGBG; es kann hierin aber auch - je nach Definition des Anwendungsbereichs von § 4 AGBG - ein Widerspruch gegen den zugrunde liegenden Kaufvertrag gesehen werden ¹³⁾.

b. Verdrängung des KEV durch den Warenlieferungsvertrag

Zunächst ist festzuhalten, daß mündliche Zusatzabreden die Reichweite eines über AGB in den Warenlieferungsvertrag einbezogenen KEV verändern können; denn in diesem Fall muß angenommen werden, daß die Parteien insoweit die pauschal übernommenen AGB nicht gelten lassen wollen ¹⁴⁾. Ob solche Zusatzabreden getroffen worden sind, kann nur im Einzelfall geprüft werden.

Zu untersuchen bleibt aber, ob und bejahendenfalls unter welchen Gesichtspunkten der KEV bereits durch den seiner Vereinbarung zugrundeliegenden Warenlieferungsvertrag inhaltlich verdrängt wird. Hierzu sind - schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes - Fallgruppen herausgearbeitet worden ¹⁵⁾. Von diesen insgesamt vier Gruppen kommen

¹²⁾ Vgl. hierzu Witte, S. 41 - 49 m.w.N.

¹³⁾ Siehe unten Teil I 2. Abschn. III. 1. b.

¹⁴⁾ So die unter Fn. 10) aufgeführten Autoren; a.A. Erman-Hefermehl, § 4 AGBG Rz 11.

¹⁵⁾ Siehe dazu im einzelnen Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 4 Rz 14 - 34.

drei in Betracht:^{15a)}

- Klauseln, die in direktem Widerspruch zur Individualvereinbarung stehen;
- Klauseln, bei denen ein mittelbarer Widerspruch zur Individualvereinbarung gegeben ist, und
- Klauseln, die den Funktionsbereich des Individualvertrages erweitern.

aa. Direkter Widerspruch zwischen Warenlieferungsvertrag und KEV

Unzweifelhaft scheitern an § 4 AGBG solche Klauseln, die im direkten Widerspruch zur Individualvereinbarung stehen. Einen solchen Widerspruch soll nach der Ansicht von Graf Lambsdorff der in Verbindung mit einem Warenlieferungsvertrag vereinbarte KEV enthalten ¹⁶⁾. Das ergebe sich aus der Einbeziehung künftiger Forderungen in den Kaufvertrag; denn hierdurch werde die Eigentumsverschaffungspflicht auf einen völlig ungewissen späteren Zeitpunkt verschoben. Die dahingehende Verpflichtung des Verkäufers werde so weit ausgehöhlt, daß hierin ein Widerspruch zu dem zugrunde liegenden Kaufvertrag liege.

Diese Ausführungen weisen zu den bereits oben¹⁷⁾dargestellten Bedenken gegen die Zulässigkeit des KEV allgemein. Es fragt sich aber, ob die genannten Argumente geeignet sind, einen direkten Widerspruch des KEV zum Warenlieferungsvertrag nachzuweisen. Ein solcher bestünde nur, wenn das Regelungsobjekt der AGB-Klausel und des Individualvertrages identisch ist und die diesbezüglichen Regelungen sich widersprechen. Diese Fallgestaltung liegt aber im Verhältnis KEV - Warenlieferungsvertrag nicht -----

^{15a)} Bei der vierten Gruppe handelt es sich um Klauseln, die Regeln für den Abschluß oder die Abänderung des Individualvertrages selbst aufstellen.

¹⁶⁾ Lambsdorff-Hübner, Rz 71, S. 90, 91.

¹⁷⁾ Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c.

vor: Das Regelungsobjekt des Kaufvertrages ist die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache, während der KEV die Bedingung nennt und beschreibt, von der die Eigentumsübertragung abhängig gemacht werden soll. Es handelt sich bei dem KEV also um eine Ergänzung des Kaufvertrages, nicht um eine diesem widersprechende Regelung. Wenn überhaupt, so kann höchstens von einem indirekten, nicht aber von einem direkten Widerspruch gesprochen werden¹⁸⁾.

Diese Bewertung gilt zumindest, wenn man entsprechend dem oben gefundenen Ergebnis der Auslegung eines KEV davon ausgeht, daß ein Kontoausgleich zwischen dem Käufer und dem Konzernverbund den Eigentumsübergang auf den Käufer herbeiführt. Denn damit steht fest, daß kein direkter Widerspruch zu der Hauptpflicht des Verkäufers auf Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache besteht. Insoweit besteht ein Unterschied zum Ausgangspunkt von Graf Lambsdorff, der im KEV eine Erweiterung des einfachen Eigentumsvorbehaltes auf alle denkbaren künftigen Forderungen sieht und deshalb eher zu einem Widerspruch dieser Klausel zum zugrunde liegenden Kaufvertrag kommen kann.

bb. Mittelbarer Widerspruch des KEV gegen den Warenlieferungsvertrag

Gegen den KEV wird weiter geltend gemacht, er scheitere an § 4 AGBG, weil er im mittelbaren Widerspruch zu dem Individualvertrag stehe und von dessen Regelungen verdrängt werde¹⁹⁾.

18) Siehe dazu die Ausführungen unten unter bb.

19) Ulmer-Brandner-Hensen, § 4 Rz 17; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 4 Rz 31, 34.

Diese Fallgruppe, die schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes entwickelt wurde²⁰⁾, umfaßt solche Konstellationen, in denen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wesentliche Rechtswirkungen, die durch den Individualvertrag angestrebt werden und für diesen von besonderer Bedeutung sind, aufheben oder einschränken²¹⁾. Von einem nur mittelbaren Widerspruch wird deshalb gesprochen, weil sich die gerügten Klauseln nicht ausdrücklich gegen die Individualvereinbarung richten; vielmehr erreichen sie deren Aufhebung auf andere, indirekte Weise.

Die gegen den KEV unter diesem Gesichtspunkt geltend gemachten Bedenken gründen sich darauf, daß durch seine Vereinbarung dem zugrunde liegenden Kaufvertrag mittelbar widersprochen werde²²⁾. Ein solcher Widerspruch soll dann gegeben sein, wenn "Individualabreden über die gegenseitigen Hauptleistungen dahin zu verstehen sind, daß mit der vollständigen Kaufpreiszahlung auch das Eigentum an der Kaufsache auf den Kunden übergehen soll"²³⁾. Hier liegt aber bereits die erste Schwäche der dargestellten Argumentation: Eine Einordnung unter die Fallgruppe des mittelbaren Widerspruchs setzt zunächst eine genaue Auslegung der Individualvereinbarung im Hinblick auf die umstrittene Regelung voraus. Das kann aber im Einzelfall schwierig sein; denn häufig wird der Einzelvertrag hierzu keine eindeutigen Angaben machen. Das gilt vor allem, weil auch der einzelne Vertrag in aller Regel vorformuliert ist und daher den besonderen Interessen

20) Vgl. nur OLG Köln, OLG Z 1973, 345 (350).

21) Schmidt-Salzer, E 21, S. 133.

22) Ulmer-Brandner-Hensen, § 4 Rz 17, S. 193.

23) So wörtlich: Ulmer-Brandner-Hensen, § 4 a.a.O.

der Vertragsparteien bei dem speziellen Geschäftsabschluß nicht Rechnung tragen kann.

Allein mit dieser Begründung kann die oben dargestellte Meinung aber nicht verworfen werden; denn immerhin enthält der KEV eine nicht unerhebliche Modifikation des Warenlieferungsvertrages. Entscheidend ist vielmehr ein systematischer Gesichtspunkt, der im vorliegenden Fall gegen den Prüfungsmaßstab des mittelbaren Widerspruchs gegen den Individualvertrag spricht: Auf diese Weise würde im Rahmen der Auslegung eine versteckte Inhaltskontrolle betrieben ²⁴⁾.

Eine Tendenz in diese Richtung bestand schon in der Zeit vor Erlaß des AGB-Gesetzes ²⁵⁾. Zu diesem Zeitpunkt war die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht so deutlich von den Problemen der Einbeziehung und der Auslegung getrennt, wie dies vom Gesetzgeber durch den Erlaß des AGB-Gesetzes nunmehr beabsichtigt ist. Das hatte zur Folge, daß auch im Rahmen der Auslegung und Einbeziehung eine verdeckte Inhaltskontrolle vorgenommen wurde. Eine solche Bedeutung als Instrument der Inhaltskontrolle kam dabei auch der Regel vom Vorrang der Individualabrede zu: Ihr Inhalt wurde vom Bundesgerichtshof u.a. dahin bestimmt, daß aufgrund ihrer Geltung die Kardinalpflichten des zugrunde liegenden Vertrages nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgehöhlt werden können ²⁶⁾. Diese Funktion hat nunmehr aber § 9 II AGBG

24) Vgl. dazu Witte, S. 41 ff. (44 ff.).

25) Vgl. nur LG Berlin NJW 1969, 141.

26) Lambsdorff-Hübner, Rz 48, S. 67.

ausdrücklich übernommen. Es besteht daher kein Bedürfnis mehr, dieses Ergebnis im Wege der Auslegung erreichen zu wollen ²⁷⁾. Vielmehr scheint es geboten, dem § 4 AGBG den Rang zuzuweisen, den auch der Gesetzgeber vor Augen hatte: als Auslegungsregel klarstellenden Charakters. Dadurch kann eine präzise Unterscheidung getroffen werden zwischen Einbeziehung, Auslegung und Inhaltskontrolle von AGB. Darüber hinaus bedarf es dann nicht mehr der angreifbaren Konstruktion eines "mittelbaren Widerspruchs". Dieser Begriff ist schon sprachlich problematisch; denn eine AGB-Klausel kann nur entweder der Individualvereinbarung widersprechen oder mit ihr im Einklang stehen. Wenn aber kein direkter Widerspruch im oben beschriebenen Sinne besteht - sich widersprechende Bestimmungen hinsichtlich desselben Regelungsobjektes -, ist kein Raum mehr für die Anwendung des § 4 AGBG. Die Frage, ob eine Klausel die Regelung der Individualvereinbarung aushöhlt, muß anhand der Vorschriften über die Inhaltskontrolle beantwortet werden ²⁸⁾.

cc. Erweiterung des Funktionsbereichs des Warenlieferungsvertrages durch den KEV

Aus den gleichen Gründen sind auch diejenigen Bedenken gegen den KEV unbegründet, die sich aus einer angeblich unzulässigen Erweiterung des Funktionsbereiches des Individualvertrages ergeben sollen ²⁹⁾. Dieser von der

27) Das wird wohl auch von Ulmer-Brandner-Hensen, § 4 Rz 17 zugegeben, da dort ausdrücklich der Vorrang des § 9 II Nr. 2 AGBG bestätigt wird.

28) Ähnlich im Ergebnis Witte, S. 46, der einen mittelbaren Widerspruch nur dann annehmen will, wenn über die Kardinalpflichten hinausgehende Absprachen durch AGB sonst ihren Sinn verlören.

29) Vgl. z.B. Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 4 Rz 31, 34.

Literatur entwickelte Prüfungsmaßstab setzt bei der Feststellung an, daß in dem Individualvertrag die Rechte des Kunden und die Pflichten des Verwenders verbindlich festgelegt worden sind. Aus dem Vorrang der Individualabrede ergebe sich dann, daß diese Regelungen nicht zu Ungunsten des Kunden durch AGB geändert werden können; denn anderenfalls bestünde kein Vorrang der Individualvereinbarung, sondern ein solcher der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Nach dieser Lehre könnte der KEV nicht wirksam über AGB Eingang in den Warenlieferungsvertrag finden: denn der Vertrag könnte sowohl hinsichtlich des Gläubigerkreises als auch des konkreten Schuldverhältnisses zu Lasten des Käufers erweitert werden ³⁰⁾.

Die Ablehnung der dargestellten Ansicht ergibt sich aus den gleichen Gründen wie oben: Auf diese Weise würde entgegen der klaren Trennung in der Systematik des AGB-Gesetzes im Rahmen einer Auslegungsvorschrift eine verdeckte Inhaltskontrolle betrieben; denn es liegt wiederum keine Kollision der Individualvereinbarung mit der AGB-Klausel hinsichtlich desselben Regelungsgegenstandes vor. Der vermeintliche Widerspruch wird vielmehr durch eine Angemessenheitsprüfung und mithin im Wege der Inhaltskontrolle festgestellt ³¹⁾.

Ergebnis: Die Einbeziehung des KEV in den Warenlieferungsvertrag scheitert nicht an § 4 AGBG.

³⁰⁾ Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 4 Rz 31, 34.

³¹⁾ So im Ergebnis auch Witte, S. 49, der sich dabei auf § 11 Nr. 14 AGBG beruft.

2. § 5 AGBG; Unklarheitenregel

Als nächste Vorschrift ist § 5 AGBG zu erörtern. Diese Norm bestimmt, daß eventuelle Unklarheiten bei der Auslegung von AGB-Klauseln zu Lasten des Verwenders gehen.

Die Rechtfertigung hierfür ergibt sich aus der Einseitigkeit der Setzung Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Wenn dem Verwender aus Gründen der Rationalisierung auf der einen Seite zugestanden wird, die Vertragsgrundlage für seine zukünftigen Rechtsgeschäfte einseitig vorzuformulieren, so hat er auf der anderen Seite auch die sich daraus ergebenden Risiken zu tragen. § 5 AGBG stellt dabei die Modifikation einer von der Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes entwickelten Auslegungsregel dar ¹⁾.

a. Systematische Stellung und Kriterien der Auslegung

Systematisch ist § 5 AGBG i.V. mit § 4 AGBG Teil der Auslegungsvorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist jedoch zunächst, daß überhaupt Zweifel bei der Auslegung der AGB-Klausel bestehen. Bei der hierzu erforderlichen Prüfung gilt der sogenannte Grundsatz der objektiven Auslegung. Er besagt, daß AGB unabhängig von der Gestaltung des Einzelfalles und den besonderen Vorstellungen der Vertragsparteien auszulegen sind ²⁾. Es ist auf die Interessen und Vorstellungen des Kundenkreises abzustellen, mit dem der Verwender typischerweise seine Geschäfte abzuschließen pflegt ³⁾.

¹⁾ RG Z 116, 274 (276); 120, 18 (20); 142, 353 (356); BGH Z 1, 111 (115); 47, 207 (216); 60, 174 (177); 62, 83 (89).

²⁾ Vgl. schon BGH Z 22, 216 (218).

³⁾ BGH NJW 1960, 1661; BGH Z 51, 55 (58).

Dieser Auslegungsmaßstab wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelt und ständig angewendet. Seine Bedeutung veränderte sich im Laufe der Zeit jedoch. Das Reichsgericht hob zunächst in erster Linie die Bedeutung des Wortlautes hervor ⁴⁾. Daran änderte sich auch nichts in der Zeit, zu welcher AGB normative Wirkung beigemessen und ihre Auslegung mit der eines Gesetzes verglichen wurde ⁴⁾. Der Bundesgerichtshof entwickelte diese Auffassung unter Einbeziehung der Grundsätze von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte dahin weiter, daß es vornehmlich auf den Willen verständiger und redlicher Vertragspartner ankommen soll ⁶⁾. Es wurde dabei auch betont, daß nicht die Auffassung der konkret an dem zu beurteilenden Geschäft beteiligten Parteien entscheidend ist, sondern der an Geschäften dieser Art üblicherweise beteiligten Verkehrskreise ⁷⁾. Entscheidend ist gemäß dieser neuen Rechtsprechung nicht mehr allein die gewählte Ausdrucksweise, sondern ebenso der mit der AGB-Klausel verfolgte Sinn und Zweck ⁸⁾. Darüber hinaus ist bei einer objektiven Auslegung die systematische Stellung einer Klausel zu beachten ⁹⁾, sowie der Vorrang der spezielleren vor der allgemeineren Klausel bei einem zwischen beiden eventuell bestehenden Widerspruch ¹⁰⁾.

4) RG Z 81, 117, 119; 149, 96 (108); 155, 26 (28).

5) RG Z 170, 233 (241); 171, 43 (48).

6) BGH Z 17, 1 (3); 62, 251 (254); BGH NJW 1962, 388 (389); 1968, 885; 1970, 992; 1974, 1135 (1136); 1980, 1947.

7) BGH Z 22, 90 (98); 33, 216 (218); 49, 84 (88); BGH NJW 1974, 1135 (1136); 1981, 867 (868).

8) BGH BB 1981, 452; vgl. dazu auch BGH NJW 1962, 388 (389), der dem Sinn und Zweck größere Bedeutung beimißt als dem Wortlaut der Klausel.

9) BGH NJW 1977, 379 (381); BGH WM 1978, 218 (220); BGH NJW 1979, 2148 (2149); BGH BB 1982, 452 (453).

10) LG Essen, NJW 1979, 555.

Auf eine kurze Formel gebracht, läßt sich mithin die Bedeutung der objektiven Auslegung so beschreiben, daß mit ihrer Hilfe ein Ergebnis zu erzielen ist, das dem Verständnis redlicher Vertragspartner entspricht, die aus dem Kreis der Personen stammen, welche an Geschäften dieser Art normalerweise beteiligt sind ¹¹⁾.

Der Grundsatz der objektiven Auslegung von AGB-Klauseln ist aus Gründen der Rechtssicherheit geboten; denn anderenfalls würde der vom Verwender angestrebte Rationalisierungseffekt - der ja zur Einführung und zur rechtlichen Billigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geführt hat - nur in sehr beschränktem Maße erreicht. Die Interessen des Kunden sind durch den oben bereits näher erläuterten § 4 AGBG ausreichend geschützt: Hierdurch wird Regelungen, die von den Vertragsparteien für den Einzelfall getroffen werden, Vorrang vor den AGB eingeräumt; auf diesem Wege ist es dem Kunden also durchaus möglich, auch seinen besonderen Interessen Geltung zu verschaffen ¹²⁾.

Teilweise wird neben dem Grundsatz der objektiven Auslegung noch verlangt, AGB-Klauseln individualvertragskonform auszulegen ¹³⁾.

Dieser Auslegungsgrundsatz soll dann zur Anwendung kommen,

¹¹⁾ Dabei ist wiederum zu beachten, daß auf diese Weise keine Inhaltskontrolle betrieben werden darf; eindeutige Klauseln dürfen also nicht so umgedeutet werden, daß sie den Ansprüchen an die Angemessenheit entsprechen; vgl. hierzu Witte, S. 49 ff.

¹²⁾ Aus diesem Grunde ist auch die an der objektiven Auslegung geltend gemachte Kritik zurückzuweisen; vgl. dazu Brandner, AcP 162 (1963), 253; Emmerich, JuS 1972, 366.

¹³⁾ Ulmer-Brandner-Hensen, § 4 Rz 9 m.w.N.; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 5 Rz 3, 5; Staudinger-Schlosser, § 5 AGBG Rz 23 ff; Schmidt-Salzer, E 26; a.A. Erman-Hefermehl, § 5 AGBG Rz 5.

wenn die AGB-Klausel im Hinblick auf den zugrunde liegenden Vertrag nur einschränkend oder ausdehnend interpretiert zu werden braucht, um beide in Übereinstimmung miteinander zu bringen.

Schließlich ist bei der Auslegung das Restriktionsprinzip zu beachten. Danach sind die den Kunden belastenden, vom dispositiven Recht abweichenden Klauseln eng auszu-legen¹⁴⁾; hierdurch wird ein zusätzlicher Schutz des Kunden erreicht.

Nur wenn mittels dieser Auslegungskriterien kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann, kommt die Unklarheitenregel zur Anwendung¹⁵⁾.

b. Auslegung des KEV

aa. Der Begriff der künftigen Forderungen

Bei der Auslegung des Begriffs der künftigen Forderungen ergeben sich keine Unterschiede zum individualvertraglichen Bereich. Es kommen wiederum die gleichen Auslegungsmöglichkeiten in Betracht¹⁶⁾. Für die bereits oben bevorzugte Möglichkeit einer Begrenzung der Erweiterung auf Forderungen, die bis zu einem Kontoausgleich entstanden sein werden, sprechen auch im Rahmen der Auslegung als AGB-Klausel die gleichen Argumente wie oben: hierdurch wird eher der wirtschaftlichen Interessenlage der Parteien und dem Gesichtspunkt der Redlichkeit entsprochen¹⁷⁾. An dieser Stelle erscheint es bereits möglich,

¹⁴⁾ Vgl. dazu Koch-Stübing, § 5 Rz 8; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 5 Rz 9; Ulmer-Brandner-Hensen, § 5 Rz 27 ff.; kritisch dazu Witte, S. 50.

¹⁵⁾ BGH NJW 1979, 2148 r.Sp.; BGH DB 1978, 629 r.Sp.; Witte, S. 49.

¹⁶⁾ Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a. cc.

¹⁷⁾ Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a. cc. (2).

durch Anwendung des Restriktionsprinzips zu dem vorgeschlagenen Ergebnis zu kommen; denn hierbei handelt es sich um die engere Auslegung der den Kunden belastenden KEV-Klausel. Selbst wenn man dieser Ansicht aber nicht folgen will - um die Grenzen zur Inhaltskontrolle nicht zu verwischen¹⁸⁾ -, folgt das Ergebnis jedenfalls aus § 5 AGBG: die Auslegung kommt zu keinem eindeutigen Ergebnis, so daß der dem Kunden günstigeren Möglichkeit der Vorzug zu geben ist.

Im Rahmen der Auslegung einer Klausel anhand von § 5 AGBG wird allerdings die Auffassung vertreten, bei der Ermittlung der dem Kunden günstigsten Möglichkeit müsse berücksichtigt werden, ob diese Variante nach §§ 9 - 11 AGBG kontrollfest sei¹⁹⁾. Als Begründung wird die Teleologie des AGB-Gesetzes - der Kundenschutz - angegeben. Es müsse daher unterschieden werden:

- Wenn sich sämtliche Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen des Zulässigen halten, gilt diejenige, die dem Kunden die beste Rechtsposition gewährt.
- Wenn hingegen auch nur eine Deutungsmöglichkeit der Klausel als unangemessen i.S. der §§ 9 - 11 AGBG zu qualifizieren wäre, so ist dieser scheinbar verwendfeindlichen Auslegung der Vorzug zu geben; denn in aller Regel wird das gem. § 6 II AGBG an die Stelle der unwirksamen Klausel tretende dispositive Recht für den Kunden vorteilhafter sein als die Regelung bei anderweitiger Auslegung.

Die dargestellte Auffassung ist m.E. im Bereich des Individualprozesses abzulehnen²⁰⁾. Als Begründung hierfür kann

18) So auch Witte, S.50.

19) So insbesondere Wolf-Horn-Lindacher, § 5 Rz 26; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 5 rz 4; Erman-Hefermehl, § 5 AGBG Rz 12.

20) So auch Staudinger-Schlosser, § 5 AGBG Rz 5, 7; Ulmer-Brandner-Hensen, § 5 Rz 2, 4; MK-Gerlach (2.Aufl.), § 13 AGBG Rz 21; Sambuc, NJW 1981, 314; Müller-Graff, JZ 1977, 245 (252) Witte, S. 51 f.

zunächst ein historisches Argument herangezogen werden: Bei der sogenannten Unklarheitenregel des § 5 AGBG handelt es sich um eine Auslegungsregel, die von der Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes entwickelt wurde und auf Vorschlag des Bundesrates Eingang in den Gesetzesentwurf fand²¹⁾. Mit Hilfe dieser Regel sollte durch Auslegung die vereinbarte Klausel in der für den Kunden günstigsten Form gelten, nicht jedoch die Unwirksamkeit der ganzen Klausel festgestellt werden können²²⁾.

Weiter spricht die Gesetzessystematik für die hier vertretene Auffassung. Im AGB-Gesetz wird eine klare Unterscheidung getroffen zwischen den Einbeziehungsvoraussetzungen der Auslegung und der Inhaltskontrolle. Hierdurch sollte gerade eine Verbesserung gegenüber dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes erreicht werden, als diese Grenzen häufig verwischt wurden²³⁾. Im Rahmen des § 5 AGBG Inhaltskontrolle zu betreiben, ist heute daher nicht mehr gerechtfertigt²⁴⁾.

Des weiteren wird nach der hier vertretenen Meinung das Entstehen unerwünschter Lücken im Klauselwerk des Verwenders vermieden²⁵⁾. Diese Lücken würden zwar gem. § 6 II AGBG durch das dispositive Recht ausgefüllt; dadurch könnte aber der Zweck des Klauselwerks - nämlich eine einheitliche und zusammenhängende Regelung der Vertragsbeziehungen zu schaffen - vereitelt werden.

Das von der Gegenmeinung eingebrachte Argument der Teleo-

21) Vgl. MK-Kötz (2. Aufl.), § 5 AGBG Rz 1.

22) OLG Karlsruhe, NJW 1973, 1931.

23) So auch Staudinger-Schlosser, § 5 AGBG Rz 8.

24) Vgl. Staudinger-Schlosser, a.a.O.; das ergibt sich auch aus der Begründung zum AGB-G: danach sollte die offene Inhaltskontrolle Vorrang vor der restriktiven Auslegung haben, damit Klarheit über die absolute oder relative Zulässigkeit der AGB-Klausel geschaffen werde, vgl. BTDrucks. 7/3919, S. 15, 60.

25) So auch Witte, S. 52.

logie des AGB-Gesetzes - das dem Schutz des Kunden dient - ist dagegen zu schwach. Dies ergibt sich zum einen daraus, daß der Gesetzgeber in der Verwendung von AGB auch positive Aspekte sah ²⁶⁾ und deshalb ebenfalls die Interessen des Verwenders berücksichtigen wollte. Aus der Teleologie des Gesetzes läßt sich daher nicht rechtfertigen, in jedem denkbaren Fall die dem Kunden günstigere Möglichkeit zu wählen - zumal wenn man sich dadurch in Widerspruch zum Wortlaut und zur Systematik des Gesetzes begibt.

Zum anderen ist zu beachten, daß auch nach der hier vertretenen Auffassung der Vertragspartner des Verwenders ausreichend geschützt wird: Denn wenn die kundenfreundlichste Auslegung nicht an der Inhaltskontrolle scheitert, dann ist der Kunde dadurch gerade nicht in einer Weise benachteiligt, die als unangemessen bezeichnet werden kann. Eine solche Regelung stellt dann keine zu mißbilligende Ausnutzung der wirtschaftlichen Position des Klauselverwenders dar.

Für den Verbandsprozeß gem. § 13 AGBG gilt diese Wertung allerdings nicht. Hier ist mit der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ²⁷⁾ davon auszugehen, daß die kundenfeindlichste der in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten gewählt und der Inhaltskontrolle unterzogen wird ²⁸⁾. Diese Auffassung rechtfertigt sich aus der Funktion der Verbandsklage: Diese soll die Möglich-

26) Siehe oben Teil I 2. Abschn. I.

27) BGH NJW 1985, 320, 321; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner § 13 Rz 29; Ulmer-Brandner-Hensen, § 13 Rz 8; Staudinger-Schlosser, § 5 AGBG Rz 7.

28) Zu den sich daraus gem. § 21 AGBG möglicherweise ergebenden Konflikten vgl. MK-Gerlach (2. Aufl.), § 21 AGBG Rz 9 ff.

keit schaffen, unklare Klauseln präventiv aus dem Geschäftsverkehr zu eliminieren.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, entsprechend dem oben Gesagten drohe dem Kunden wegen § 5 AGBG keine ungünstige Interpretation der Klausel; denn dieses Argument gilt nur in dem Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen Verwender und Kunden. Gerade dem rechtlich unerfahrenen Kunden droht aber während der Vertragsabwicklung, daß von dem Verwender die diesem günstigste Auslegung mit Erfolg durchgesetzt wird. Das abstrakte Unterlassungsverfahren hat aber auch den Sinn, die Verwendung solcher Klauseln zu unterbinden und auf diese Weise Auseinandersetzungen in Individualprozessen zu verhindern²⁹⁾.

bb. Der Begriff des Konzerns

Sofern in der KEV-Klausel allgemein von "Konzernunternehmen" die Rede ist, sind hierunter - wie schon im individualvertraglichen Bereich³⁰⁾ - nur solche zu verstehen, die mit dem Warenlieferanten einen Konzern i.S. des § 18 AktG bilden. Dieses Auslegungsergebnis ergibt sich bereits aus den allgemeinen Regeln; eines Rückgriffs auf § 5 AGBG bedarf es daher nicht.

Soweit gegen den KEV unter dem Gesichtspunkt des § 5

29) BGH NJW 1985, 321 m.w.N.

30) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a. aa.

AGBG Bedenken geltend gemacht werden, sind diese nicht stichhaltig³¹⁾. Das gilt bereits von der Rechtsfolge her: denn § 5 AGBG bestimmt nicht die Unwirksamkeit einer unklaren Klausel³²⁾, sondern lediglich den Vorrang der dem Kunden günstigeren Auslegung.

Aber auch inhaltlich wird die Kritik an der falschen Stelle geltend gemacht: denn die möglichen Probleme der Bestimmbarkeit der dinglichen Rechtslage können lediglich zur Unwirksamkeit des KEV wegen Verstoßes gegen dieses sachenrechtliche Prinzip führen³³⁾.

Ergebnis: § 5 AGBG hat im Rahmen eines Individualprozesses keinen Einfluß auf die Auslegung eines über Allgemeine Geschäftsbedingungen in den Warenlieferungsvertrag einbezogenen KEV. Im Falle einer Verbandsklage gem. § 13 AGBG hingegen ist von der für den Kunden ungünstigsten Auslegungsmöglichkeit auszugehen.

31) Vgl. insbesondere Lambsdorff - Hübner, Rz 95, S. 114 unter Bezugnahme auf Drobnig, F 50 und Thamm, S. 44 f.; Dittmann-Stahl, § 4 Rz 236.

32) Etwas anderes kann sich gem. BGH NJW 1985, 53, 56 nur dann ergeben, wenn es im Wege der Auslegung nicht möglich ist, eine "sich in vernünftigem Rahmen haltende Zahl der Bedeutungsalternativen" zu ermitteln. Das ist beim KEV aber unbestrittenermaßen möglich.

33) Daß ein solcher Verstoß nicht gegeben ist, wurde oben (Teil I 1. Abschn. II. 3. c. bb.) ausführlich erörtert; daran ändert sich auch im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes nichts, da sich an der Auslegung des KEV ja nichts ändert.

IV. Inhaltskontrolle des KEV anhand von § 9 AGBG

Schließlich ist eine Inhaltskontrolle des KEV vorzunehmen. Aufgrund der Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf den kaufmännischen Verkehr ist der einzig in Betracht kommende Prüfungsmaßstab der § 9 AGBG; denn gem. § 24 I Nr. 1 AGBG sind Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber Kaufleuten verwendet werden, dann von dem Anwendungsbereich der §§ 10 und 11 AGBG ausgenommen, wenn der zugrunde liegende Vertrag - was gem. § 344 HGB vermutet wird - zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört. Das rechtfertigt jedoch nicht die Schlußfolgerung, die in den Klauselkatalog der §§ 10 und 11 AGBG aufgenommenen Fälle wären Kaufleuten gegenüber immer oder zumindest meistens erträglich ¹⁾. Daß solche Klauseln unwirksam sind, kann sich vielmehr ungeachtet dessen aus § 9 AGBG ergeben.

1. Systematische Stellung und Bedeutung der Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG

§ 9 AGBG stellt im Bereich der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Generalklausel dar und dient als Auffangtatbestand für die Fälle, die von den speziellen Regelungen in §§ 10 und 11 AGBG nicht erfaßt werden, aber trotzdem eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners enthalten und nach dem Willen des Gesetzgebers daher unwirksam sein sollen. Die Notwendigkeit der Einführung einer solchen Generalklausel ergibt sich aus dem Umstand, daß eine abschließende Auflistung der Fälle unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners

1) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 24 Rz 1.

im Rahmen des Klauselkatalogs nicht möglich war, andererseits aber ein lückenloser Schutz des Kunden angestrebt wurde²⁾. § 9 AGBG verleiht daher den tragenden Prinzipien der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen Ausdruck:

- In ihrem Absatz 1 stellt diese Vorschrift klar, daß die Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners nach den Geboten von Treu und Glauben zu erfolgen hat; hierin liegt ein Rückgriff auf den von der Rechtsprechung bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes als entscheidend angesehenen Maßstab³⁾.
- Eine unangemessene Benachteiligung soll im Zweifel vorliegen, wenn entweder wesentliche Grundsätze einer gesetzlichen Regelung durch die AGB nicht beachtet oder kardinale Rechte oder Pflichten in einer Weise eingeschränkt werden, die den Vertragszweck gefährdet. Der Gesetzgeber erkennt durch diese Formulierung zwar einerseits an, daß sich eine unangemessene Benachteiligung oft nur aus den konkreten Umständen, der Art des Vertrages und dem Gesamtzusammenhang des Regelungswerks feststellen läßt; andererseits aber sieht er eine solche Benachteiligung bei Vorliegen der oben dargestellten Voraussetzungen als regelmäßig gegeben an. Inhaltlich knüpft diese Regelung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die sogenannte Leitbildfunktion der geschriebenen und ungeschriebenen Normen des dispositiven Rechts an.

2) BTDrucks. 7/3919, S. 22.

3) RG Z 168, 321; BGH NJW 1968, 1718 (1720).

Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen bildet den Kern des AGB-Gesetzes⁴⁾. In erster Linie mit ihrer Hilfe soll ein Schutz des Vertragspartners davor erreicht werden, daß seine Unterwerfung unter die AGB auch dann eine so strenge Bindungswirkung wie eine individualvertragliche Vereinbarung hat, wenn diese Bedingungen inhaltlich für ihn eine unangemessene Benachteiligung darstellen. Die Rechtfertigung hierfür ergibt sich aus der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den AGB-Verwender.

Das Verhältnis des § 9 AGBG zu dem oben bereits erörterten § 138 BGB ist durch zwei Charakteristika gekennzeichnet:

- Der Anwendungsbereich des § 9 AGBG ist enger als jener des § 138 BGB; denn durch § 9 AGBG sollen nur die Interessen des Vertragspartners des Verwenders geschützt werden, während § 138 BGB darüberhinausgehend im Rahmen der Sittenwidrigkeit des Zwecks auch die Drittwertwidrigkeit erfaßt⁵⁾.
- Soweit sich der Anwendungsbereich beider Vorschriften überschneidet, sind die Voraussetzungen des § 9 AGBG eher gegeben als jene des § 138 BGB. Während § 138 BGB nämlich nur bei einer unerträglichen Verletzung der bestehenden Rechts- und Sozialmoral zur Anwendung gelangt, gilt dies für § 9 AGBG bereits, wenn die Klausel eine unangemessene Benachteiligung von einigem Gewicht enthält⁶⁾. Auch hier reicht zwar nicht jede für den Vertragspartner unbequeme oder nachteilige Gestaltung aus, um zur Unwirksamkeit einer Klausel

4) Witte, S. 53.

5) § 138 BGB wird daher auch nicht vollständig von § 9 AGBG verdrängt, vgl. Palandt-Heinrichs, Vor § 8 AGBG Anm. 4; MK-Kötz, § 9 AGBG Rz 7; a.A. Lamsdorff-Hübner, Rz 96, der meint, ein Verstoß gegen § 138 BGB sei notwendig ein Verstoß auch gegen § 9 AGBG.

6) BTDrucks. 7/3919, S. 22.

zu kommen: ausreichend ist aber schon eine Benachteiligung des Vertragspartners von einigem Gewicht ⁷⁾. Daraus folgt, daß in dem gemeinsamen Anwendungsbereich beider Vorschriften ein Verstoß gegen § 138 BGB immer auch die Voraussetzungen des § 9 AGBG erfüllt.

2. Subsumtion des KEV unter § 9 AGBG

Entsprechend den obigen Ausführungen bedarf es an dieser Stelle nur noch der Auseinandersetzung mit solchen Argumenten, die sich auf eine mögliche Benachteiligung des Vertragspartners berufen; denn durch § 9 AGBG soll ja nur dieser geschützt werden. Von den i.R. des § 138 I BGB erörterten Argumenten bleiben daher nur noch vier von Bedeutung: das Hinausschieben der Übereignungsverpflichtung des Verkäufers, die daraus resultierende Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers, die für den Käufer nachteilige Einbeziehung Dritter in die Sicherungsabrede und die mögliche Gefahr der Übersicherung.

Bezüglich der möglichen Gefahr der Übersicherung kann vorweg auf die obigen Ausführungen ⁸⁾ verwiesen und erneut festgestellt werden, daß dem Käufer durch die Vereinbarung eines KEV keine spezifische Gefahr der Übersicherung des Verkäuferkonzerns droht. Das ist selbstverständlich unabhängig davon, ob diese Klausel in einem Individualvertrag oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wird.

a. Unangemessene Benachteiligung durch die Einbeziehung Dritter in die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes

In der Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes durch die

⁷⁾ BTDrucks. 7/3919, S. 22.

⁸⁾ Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. g. dd.

Einbeziehung Dritter wird in der Literatur teilweise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gesehen ⁹⁾. Diese könne nur ausgeräumt werden, falls der Vertrag im Rahmen einer beginnenden oder bestehenden Geschäftsverbindung geschlossen wird und darüber hinaus die begünstigten Unternehmen entweder ausdrücklich genannt werden oder aber die zu sichernden Forderungen in einem Sachzusammenhang stehen ¹⁰⁾.

Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners kann sich unter diesem Gesichtspunkt daraus ergeben, daß der Verkäufer einseitig die Sicherungsinteressen seines Konzernverbundes verfolgt, ohne umgekehrt gleichwertige Interessen seines Vertragspartners zu berücksichtigen. Die Bedenklichkeit dieser Regelung wird deutlicher, wenn man sich die Ausgangslage des zugrunde liegenden Individualvertrages vergegenwärtigt: Die beiden Parteien einigen sich über den Abschluß eines Kaufvertrages und vereinbaren Leistung und Gegenleistung. Dabei gleichen sie ihre gegenseitigen Interessen in einer von beiden Seiten als angemessen anerkannten Weise aus. Die durch die Vereinbarung eines KEV in den AGB des Verkäufers erreichte einseitige Sicherung der Forderungen von Konzernunternehmen, die mit dem ursprünglichen Kaufvertrag in keiner Beziehung stehen, stört dieses Gleichgewicht zu Lasten des Vertragspartners empfindlich, ohne daß ihm hierfür ein Ausgleich gewährt würde.

Trotzdem sprechen einige Überlegungen dagegen, hierin einen Verstoß gegen § 9 AGBG zu sehen. Zunächst muß dazu der oben schon entwickelte Gedanke wieder aufgenommen

9) Ulmer-Brandner-Hensen, Anhang zu §§ 9 - 11 Rz 657, S. 656.

10) Ulmer-Brandner-Hensen, Anhang zu §§ 9 - 11 Rz 657, S. 656.

werden, daß es sich bei dem Warenlieferungsvertrag schließlich um einen Kreditvertrag handelt¹¹⁾. Daß der Verkäufer für diese Kreditgewährung eine Sicherheit anstrebt, ist angemessen. Dabei muß ihm auch grundsätzlich die Art der Sicherung überlassen bleiben.

Die zweite Überlegung, die gegen eine Unangemessenheit spricht, geht von dem ebenfalls bereits eingebrachten Argument aus, daß die Bewertung nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, ob es sich um ein Großunternehmen mit mehreren Filialen oder um einen Konzernverbund handelt¹²⁾. Durch dieses Argument soll deutlich gemacht werden, daß es sich aus der Sicht des Verkäufers bei den Konzernmitgliedern nicht um außenstehende Dritte handelt, sondern um solche Rechtssubjekte, an deren wirtschaftlicher Sicherheit er ein bedeutendes eigenes Interesse hat. Oben wurde bereits ausgeführt, daß der KEV von daher nicht sittenwidrig ist¹³⁾.

Die Einbeziehung konzernangehöriger Dritter in die Sicherungsabrede stellt aber eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar und ist deshalb gem. § 9 II Nr. 2 AGBG unwirksam. Die Pflicht zur Eigentumsübertragung wird in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise eingeschränkt. Das wird dann deutlich, wenn man nicht auf die gesicherten Subjekte abstellt, sondern auf die zu sichernden Forderungen. Diese stehen mit dem Vorbehaltskauf regelmäßig in keinem Zusammenhang. Die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf solche Forderungen rechtfertigt sich aber weder aus dem Kreditsicherungsbedürfnis des Verkäufers für seinen Warenkredit, noch aus seinem wirtschaft-

lichen

11) Siehe oben Teil I 2. Abschn. II. 2. c.

12) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. cc.

13) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. cc.

Interesse an seinem Konzernverbund¹⁴⁾; hierin liegt vielmehr eine Berücksichtigung von Sonderinteressen des Verkäufers, für die dem Kunden kein adäquater Ausgleich geboten wird. Das widerspricht dem Gebot von Treu und Glauben. Dabei handelt es sich auch nicht lediglich um eine dem Vertragspartner unbequeme Gestaltung, sondern aufgrund der inhaltlichen Tragweite des KEV um eine gewichtige Benachteiligung¹⁵⁾.

b. Begrenzung der Reichweite des KEV auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen kann ein unbeschränkter KEV generell nicht wirksam über AGB in den Warenlieferungsvertrag einbezogen werden. Dieses Ergebnis kann der AGB-Verwender nur vermeiden, wenn er den Kreis der begünstigten Dritten und der mitgesicherten Forderungen in angemessener Form zu begrenzen vermag. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, auf welche Weise er das erreichen kann, ist das Verhältnis der dadurch mitgesicherten Forderungen zur ursprünglichen Kaufpreisforderung. Nur wenn zwischen diesen Forderungen eine Beziehung besteht, welche die Erweiterung zu rechtfertigen vermag, stellt der KEV noch eine angemessene Sicherung der Warenlieferung auf Kredit dar. Es muß deshalb ein diesen Anforderungen entsprechendes Kriterium gefunden werden für die Auswahl der Forderungen, die in einer genügend engen Beziehung zu der Forderung aus dem Kaufvertrag stehen.

¹⁴⁾ Zu diesem Ergebnis kommt - für den nicht-kaufmännischen Verkehr - auch das OLG Frankfurt, BB 1980, 1489 f.; ebenso Graf von Westphalen, BB 1978, 281; a.A. Thamm, BB 1978, 20, der eine Erweiterung auf künftige Forderungen für unbedenklich hält.

¹⁵⁾ Vgl. dazu BTDrucks. 7/3919, S. 22.

In der Literatur wird hierzu die Begrenzung auf solche Forderungen diskutiert, die mit dem Vorbehaltskauf in einem Sachzusammenhang stehen¹⁶⁾.

Gegen dieses Begrenzungskriterium spricht allerdings zunächst, daß auch bei einer Beschränkung auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang Unternehmen begünstigt werden, die mit dem Vorbehaltskauf selbst in keiner Beziehung stehen. Es bleibt demnach dabei, daß der Warenlieferant einen Interessenausgleich einseitig - allerdings in beschränktem Umfang - zugunsten seiner Konzernangehörigen vornimmt.

Trotzdem ist das Merkmal des Sachzusammenhangs geeignet, die Einbeziehung Dritter in einer angemessenen Weise zu begrenzen. Entscheidend für diese Beurteilung ist, daß zwar die begünstigten Unternehmen zu der ursprünglichen Kaufpreisforderung in keiner Beziehung stehen, die dabei entstehenden Forderungen von der Warenlieferung jedoch abhängig sind; denn bei der hier vorgeschlagenen Begrenzung werden ja nur solche Forderungen mitgesichert, welche bei Geschäften entstehen, die der Werterhaltung oder Nutzung der Kaufsache und damit des Sicherungsobjekts dienen¹⁷⁾. Die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf solche Forderungen wird durch die Kreditgewährung für die Vorbehaltsware auf der einen sowie die Zubehör- bzw. Serviceleistung auf der anderen Seite gerechtfertigt. Es kann insbesondere nicht mehr davon gesprochen werden, daß die zu sichernden Forderungen mit dem Vorbehaltskauf in keinem Zusammenhang stehen. Bei der hier vorgeschlagenen Gestaltung kann daher kein Verstoß mehr gegen das Gebot von -----

16) Z.B. Ulmer-Brandner-Hensen, Anhang zu §§ 9 - 11 Rz 657; Graf Lambsdorff, BB 1982, 336; Serick, FS Weitnauer, S. 154 ff.

17) Das gilt z.B. für Forderungen aus Zubehörlieferungen und aus die gelieferte Ware betreffenden Serviceleistungen.

Treu und Glauben und damit gegen § 9 AGBG angenommen werden. Zumindest gilt das in dem hier allein interessierenden Bereich des kaufmännischen Verkehrs.

Das soeben gefundene Ergebnis ist, entgegen anderslautenden Auffassungen in der Literatur, unabhängig davon, ob die Konzernmitglieder namentlich genannt werden¹⁸⁾.

An der Interessenabwägung ändert sich nämlich nichts, wenn die einzelnen, möglicherweise begünstigten Konzernmitglieder nicht namentlich genannt werden, solange ihre Identität eindeutig ermittelt werden kann¹⁹⁾. Da die vorliegende Untersuchung davon ausgeht, daß es sich bei dem Verkäuferkonzern um einen solchen i.S. des Aktiengesetzes handelt, ist eine eindeutige Bestimmung problemlos möglich. Die angemessene Berücksichtigung der Interessen des Kunden wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt.

Außer der Begrenzung des KEV auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang wird in der Literatur nur noch die Begrenzung auf Forderungen diskutiert, die bei Geschäften zur Werterhöhung oder Werterhaltung der Vorbehaltsware entstanden sind²⁰⁾.

Dieses Begrenzungskriterium ist noch strenger als das zuerst erörterte; denn nicht jede Forderung aus einem Sachzusammenhang entsteht bei einem Geschäft, das der Werterhaltung der Ware dient²¹⁾, während Geschäfte zur Werterhaltung der Ware mit dieser immer in einem Sachzusammenhang stehen.

18) Für eine solche Unterscheidung wohl Ulmer-Brandner-Hensen, Anhang zu §§ 9 - 11 Rz 657.

19) Eine nicht eindeutige Klausel wäre aber bereits nach § 5 AGBG in der für den Kunden günstigsten Form auszulegen.

20) Wolf-Horn-Lindacher, § 9 Rz E 33.

21) Das gilt z.B. für Treibstofflieferungen für einen unter KEV verkauften LKW.

Die zuletzt vorgeschlagene Begrenzung der Reichweite eines KEV ist daher ausreichend, aber nicht erforderlich, um die Bedenken wegen der Einbeziehung Dritter in die Erweiterung auszuräumen.

Außer den beiden genannten sind keine weiteren Begrenzungskriterien mit dieser Wirkung ersichtlich.

c. Unangemessenheit des KEV wegen des Hinausschiebens der Übereignungsverpflichtung des Verkäufers

Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gem. § 9 AGBG kann sich noch daraus ergeben, daß durch die Vereinbarung des KEV der Eigentumsübergang an der Vorbehaltssache hinausgezögert wird und praktisch vielleicht niemals entritt²²⁾. Dieses Bedenken vermochte zwar die Sittenwidrigkeit des KEV nicht zu begründen, im Rahmen des § 9 AGBG ist es aber schwieriger zu entkräften. Bevor hierzu Stellung genommen wird, soll zunächst festgestellt werden, daß entsprechend den vorstehenden Ausführungen nur solche Forderungen wirksam mitgesichert werden können, die aus Geschäften entstehen, welche mit dem Vorbehaltskauf in einem Sachzusammenhang stehen²³⁾. Trotzdem bleibt es dabei, daß der Kunde durch diese Klausel schlechter gestellt wird; denn es ist zuzugeben, daß je nach Umfang der zusätzlich gesicherten Forderungen und nach den Intervallen zwischen zwei neu begründeten Forderungen es für

22) Larenz, SR II, § 43 II e 3, S. 109 f.

23) Dadurch wird bereits dem von Larenz vorgebrachten Argument der Boden entzogen, der KEV stelle eine zu mißbilligende Entartung des Eigentumsvorbehaltes dar.

den Käufer problematisch sein kann, einen Kontoausgleich herbeizuführen. Das kann zur Folge haben, daß der Käufer niemals Eigentum an der Vorbehaltssache erwerben wird.

Eine solche Konsequenz kann sich aber auch bei einem einfachen Eigentumsvorbehalt ergeben, wenn der Kunde während der Lebensdauer der Kaufsache schon den Kaufpreis nicht zu zahlen vermag. Vor allem aber ist die zusätzliche Begrenzung auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang von entscheidender Bedeutung. Diese Begrenzung ist notwendig, um die Bedenken gegen die Einbeziehung Dritter in die Erweiterung auszuräumen. Sie hat jedoch, damit verbunden, den hier bedeutsamen Effekt, die Zahl der künftig entstehenden Forderungen, die mitgesichert werden, zu begrenzen und außerdem den Gläubigerkreis einzuengen. Dadurch wird es dem Käufer leichter, den Eigentumsübergang herbeizuführen. Hierin liegt für ihn zwar immer noch eine Benachteiligung gegenüber der Situation bei einem einfachen Eigentumsvorbehalt; das ist aber nicht unangemessen i.S. des § 9 AGBG. Die für den Eigentumsübergang geltenden Bedingungen sind durch das Sicherungsinteresse des Verkäufers für seine kreditierte Kaufpreisforderung und die damit zusammenhängenden, ebenfalls kreditierten Forderungen gerechtfertigt und durch den Käufer in zumutbarer Weise zu erfüllen. Eine solche Klausel beinhaltet insoweit einen angemessenen Interessenausgleich.

d. Unangemessenheit des KEV wegen der Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen ist auch die aus der Vereinbarung des KEV folgende Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers nicht unangemessen i.S. des § 9 AGBG; denn sie resultiert notwendig

aus der - durch die wirtschaftliche Interessenlage gerechtfertigten ²⁴⁾ - Aufschiebung des Eigentumsübergangs. Auch bestehen gegen den KEV aus diesem Gesichtspunkt insofern keine Bedenken, als durch die Beschränkung der Erweiterung auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang keine Forderungen mitgesichert werden, die mit dem Vorbehaltskauf nichts zu tun haben.

Zwischenergebnis: Ein auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang beschränkter KEV verstößt nicht gegen § 9 AGBG; ohne die genannte Beschränkung ist der KEV wegen der Begünstigung von an dem Vorbehaltskauf unbeteiligten Konzernmitglieder unangemessen i.S. des § 9 II Nr. 2 AGBG.

3. Andere Gestaltungsmöglichkeiten des KEV

Abschließend ist noch die Angemessenheit anderer Gestaltungsmöglichkeiten des KEV zu prüfen. Dabei ist zu beachten, daß auch sie nur solche Forderungen sichern können, die aus Geschäften resultieren, die mit dem Vorbehaltskauf in einem Sachzusammenhang stehen ²⁵⁾.

a. Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung der Kaufpreisforderung

Ein in dieser Form vereinbarter KEV verstößt nicht gegen § 9 AGBG; insbesondere wird weder der Vertragszweck ge-

24) Siehe oben Teil I 2. Abschn. IV. 2. c.

25) Siehe oben Teil I 2. Abschn. IV. 2. b.

fährdet, noch liegt eine Aushöhlung wesentlicher Grundgedanken der gesetzlichen Regelung - §§ 433, 455 BGB - vor.

Der Vertragszweck wird nicht gefährdet, weil der Käufer unter zumutbaren Bedingungen die Kaufsache nicht nur nutzen, sondern an ihr auch Eigentum erlangen kann; mit den Grundgedanken der gesetzlichen Kaufrechtsvorschriften ist eine solche Klausel zu vereinbaren, weil die Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers nicht nur möglich ist, sondern durch den Käufer auch gegen den Willen des Verkäufers herbeigeführt werden kann. Hierin liegt ein angemessener Interessenausgleich i.S. des § 9 AGBG.

b. Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen

Falls ein auf alle künftigen Forderungen erweiterter KEV wirksam in den Warenlieferungsvertrag einbezogen worden ist, scheitert er auf jeden Fall an § 9 AGBG: 25a)

- Die de facto erreichte Aufhebung der Übereignungsverpflichtung des Verkäufers begründet nicht nur die Sittenwidrigkeit einer solchen Klausel ²⁶⁾, sie stellt im Rahmen des AGB-Gesetzes auch den Fall des § 9 II Nr. 2 AGBG dar: Durch die Vereinbarung wird eine wesentliche Pflicht des Verkäufers, die sich aus der Natur des zugrunde liegenden Kaufvertrages ergibt, aufgehoben; auf diese Weise wird die Erreichung des Vertragszwecks so sehr gefährdet, daß sie fast ausgeschlossen ist. Daraus ergibt sich ohne weiteres eine unangemessene

25a) Diese Bewertung gilt auch für einen einfachen KEV, falls diese Klausel i.R. eines Verbandsprozesses gem. § 13 AGBG untersucht wird: denn dann führt bereits die Auslegung zu dem weiten Verständnis des KEV, s.o. Teil 1 2. Abschn. III. 2. b. aa.

26) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. c. ff.

Benachteiligung des Vertragspartners ²⁷⁾ . Hiervon kann es auch ebensowenig eine Ausnahme geben wie bei einer individualvertraglichen Vereinbarung dieser Art; denn wenn ausnahmslos eine Sittenwidrigkeit gegeben ist, gilt dies erst recht für die Unangemessenheit.

- Die gleiche Beurteilung gilt hinsichtlich der mit der Vereinbarung eines KEV verbundenen sittenwidrigen Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Käufers.

- c. Verhaftung der Vorbehaltssache bis zur Tilgung aller denkbaren künftigen Forderungen bei gleichzeitiger Einräumung einer Veräußerungsermächtigung

Durch eine solche Klauselgestaltung wird zwar nicht der Käufer Eigentümer der Sache, ein Eigentumserwerb durch einen Dritten ist aber möglich; das reicht aus, um die Eigentumsverschaffungspflicht des Käufers als erfüllt anzusehen ²⁸⁾ . Aus diesem Grunde könnten die Bedenken aus § 9 AGBG entfallen.

Das ist sicher nicht der Fall, wenn die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware zum Verbleib beim Käufer bestimmt ist; denn dann wird der Käufer von der Ermächtigung keinen Gebrauch machen, sie läuft also leer.

Auswirkungen hat die Einräumung einer Veräußerungsermächtigung allerdings für den Fall, daß es sich bei dem Vorbehaltskäufer um einen Zwischenhändler handelt: Dieser wird bei einer solchen Vertragsgestaltung in der Ausübung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht wesentlich behindert. Dadurch entfällt nicht nur die Sittenwidrigkeit,

27) Ebenso Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 9 Rz 89 ; Ulmer-Brandner-Hensen, Anhang zu §§ 9 - 11, Rz 657, S. 655 f.

28) Vgl. Serick V, § 58 IV 6 a, S. 153.

eine derart modifizierte Sicherung ist auch angemessen:

- Die Kardinalpflicht des Verkäufers, sein Eigentum zu übertragen, wird nicht ausgehöhlt, denn der Käufer kann den Eigentumsübergang aus eigener Kraft herbeiführen
- Der Vertragszweck wird nicht gefährdet, denn der Käufer kann die Kaufsache wirtschaftlich in der von ihm vorgesehenen Weise - nämlich durch Weiterverkauf - nutzen.
- Die Zurückbehaltung des Eigentums an der Liefersache beim Verkäufer ist durch die Kreditierung des Kaufpreises gerechtfertigt.

Zu diesem letzten Punkt ist noch eine zusätzliche Bemerkung erforderlich: Es ist denkbar, daß vor einer Weiterveräußerung bereits der gesamte Kaufpreis vom Käufer bezahlt worden ist und auch keine Forderungen offenstehen, die im Zusammenhang mit dem Vorbehaltskauf entstanden sind ²⁹⁾. Unter diesen Voraussetzungen entfällt die Rechtfertigung des andauernden Eigentumsvorbehaltes durch eine entsprechende Kreditgewährung. Trotz dieser Möglichkeit liegt in der vorgeschlagenen Klauselgestaltung keine Interessenabwägung, die den Geboten von Treu und Glauben widerspricht; denn ein Kaufmann, der Zwischenhandelsgeschäfte betreibt, hat nur ein untergeordnetes Interesse an der Erlangung der Eigentümerstellung. Sein Interesse geht darauf, die Ware weiterzuveräußern, nicht jedoch sie als Unterlage für einen Geldkredit zu nutzen.

29) Von der zweiten Unterstellung ist sogar im Regelfall auszugehen, da ein Zwischenhändler selten weitere Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Vorbehaltsache eingehen wird.

Ergebnis zum zweiten Abschnitt:

1. Der KEV kann über AGB wirksam in den Warenlieferungsvertrag einbezogen werden, wenn die Konzernunternehmen einen Konzern im aktienrechtlichen Sinne darstellen und der Verkäufer einen Warenkredit gewährt.

2. Der KEV steht nicht im Widerspruch zum zugrunde liegenden Individualvertrag und scheitert daher nicht an § 4 AGBG.

3. Die Auslegung des KEV ändert sich nicht, wenn die Klausel als Bestandteil des Warenlieferungsvertrages formularmäßig Eingang in den Vertrag findet. Falls die KEV-Klausel Gegenstand einer Prüfung im Rahmen des Verbandsprozesses gemäß § 13 AGBG ist, muß von dem weitest möglichen Verständnis ausgegangen werden: der Erweiterung auf alle denkbaren künftigen Forderungen des Konzernverbundes.

4. a. Der KEV verstößt gegen § 9 II Nr. 2 AGBG; in der Einbeziehung der Forderungen sämtlicher Konzernmitglieder in die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes liegt eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners.

b. Um die Angemessenheit des KEV herzustellen, ist es ausreichend und erforderlich, seine Reichweite auf Forderungen zu begrenzen, welche mit dem Vorbehaltskauf in einem Sachzusammenhang stehen.

5. Ein auf alle denkbaren künftigen Forderungen erweiterter KEV verstößt aus den gleichen Gründen gegen § 9 AGBG, die schon zur Sittenwidrigkeit dieser Variante gemäß § 138 I BGB geführt haben. Daran ändert sich auch durch die Begrenzung auf Forderungen aus einem Sachzusammenhang nur dann etwas, wenn zusätzlich eine Veräußerungsermächtigung eingeräumt wird, von der der Käufer als Zwischenhändler auch Gebrauch machen will.

Dritter Abschnitt: Auswirkungen der Vereinbarung eines KEV im Konkurs des Vorbehaltskäufers

I. Einführung

Im dritten Abschnitt der Untersuchung sind die rechtlichen Probleme zu erörtern, die sich im Falle des Konkurses eines Käufers ergeben, der mit seinem Warenlieferanten einen KEV vereinbart hat. Die Beantwortung der sich dabei ergebenden Fragen ist für den Warenlieferanten von besonderer Bedeutung: Denn die Vereinbarung eines KEV soll ja gerade dazu dienen, dem Verkäufer im Falle des Käuferkonkurses eine möglichst vollständige Sicherung des von ihm - und darüber hinaus von seinen konzernangehörigen Unternehmen - gewährten Kredits zu gewährleisten. Insofern bleibt zwar die Vorfrage von Bedeutung, ob ein KEV überhaupt rechtswirksam vereinbart werden kann; aus der Sicht des Warenlieferanten ist eine positive Antwort auf diese Frage dennoch wertlos, wenn die wirksam vereinbarte Klausel nicht die erhoffte konkursrechtliche Wirkung entfaltet. Die folgende Untersuchung kann sich dabei allerdings auf die generell zulässigen Formen des KEV beschränken; denn nur diese vermögen dem Vorbehaltsverkäufer eine im Konkurs beständige Sicherung seines Warenkredits zu gewähren.

II. Konkursrechtliche Wirkungen des KEV

In der Diskussion um die konkursrechtlichen Auswirkungen des KEV werden sowohl sachenrechtliche als auch schuldrechtliche Probleme behandelt, die im folgenden getrennt untersucht werden sollen.

1. Sachenrechtliche Auswirkungen

Auf sachenrechtlicher Ebene muß geklärt werden, in welcher Weise der Vorbehaltsverkäufer sich befriedigen kann; in Betracht kommen dabei ein Recht zur Aussonderung der Vorbehaltsware oder ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Hierbei wird teilweise danach unterschieden, ob im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Vorbehaltsware bereits vollständig bezahlt war oder nicht.

Lent scheint im Jahre 1958 hierzu die Auffassung vertreten zu haben, daß ein erweiterter Eigentumsvorbehalt für den Vorbehaltsverkäufer grundsätzlich ein Aussonderungsrecht begründet ¹⁾. Das ist aus den Ausführungen zum KEV als einem Unterfall des erweiterten Eigentumsvorbehaltes zu schließen: Die Möglichkeit der wirksamen Vereinbarung eines KEV wird dort bezweifelt und daraus gefolgert, daß dieser zugunsten des Verkäufers kein Aussonderungsrecht zu begründen vermag. Daraus kann entnommen werden, daß sich nach Ansicht von Lent nur die Frage stellt, ob ein Aussonderungsrecht besteht; die Möglichkeit der Einräumung eines Rechts auf abgesonderte Befriedigung wird gar nicht in Erwägung gezogen. Eben- sowenig erfolgt allerdings eine Auseinandersetzung mit den Argumenten, die für ein Absonderungsrecht nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises sprechen.

In die entgegengesetzte Richtung gehen die Ausführungen von Bley ²⁾. Er verneint sowohl ein Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers als auch ein solches auf abgesonderte Befriedigung für den Fall, daß die Vorbehaltsware schon vor Konkurseröffnung voll bezahlt war; denn der Käufer sei bei dieser Konstellation mit der Eröffnung

¹⁾ in: Jaeger, § 43 Rz 37 c, S. 618, 619.

²⁾ Bley, ZAKDR 1937, S. 41 ff.

des Konkursverfahrens Eigentümer der Ware geworden, der Eigentumsvorbehalt habe sich insoweit erledigt³⁾.

Nach Meinung von Graf Lambsdorff⁴⁾ steht dem Vorbehaltsverkäufer im Falle des Käuferkonkurses aufgrund eines erweiterten Eigentumsvorbehaltes in jedem Falle ein Aussonderungsrecht an der von ihm gelieferten Ware zu. Dieses Recht behalte er auch, falls zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Kaufpreis für die Ware bereits vollständig entrichtet ist; anderenfalls hätte die Eröffnung des Konkurses hinsichtlich der bereits bezahlten Ware wegen des Erlöschens des Aussonderungsrechts die Wirkung einer Enteignung⁵⁾.

Der Bundesgerichtshof⁶⁾ und die ganz herrschende Meinung in der Literatur⁷⁾ gehen davon aus, daß ein Eigentumsvorbehalt dem Verkäufer zwar grundsätzlich ein Aussonderungsrecht gebe; nach vollständiger Tilgung der ursprünglichen Kaufpreisforderung gewähre der Eigentumsvorbehalt jedoch nur noch ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Diese Auffassung wird auch in der vorliegenden Arbeit vertreten. Entscheidend hierfür ist folgende Überlegung: Durch die Konkurseröffnung nach vollständiger Kaufpreiszahlung bei ansonsten offenstehenden Konzernforderungen geht das Eigentum an der Vorbehaltssache nicht auf den Käufer

3) Etwas anderes - nämlich das Bestehen eines Absonderungsrechts - soll allerdings dann gelten, wenn es sich um einen Kontokorrentvorbehalt handelt, vgl. Bley, ZAKDR 1937, 41, 42.

4) Graf Lambsdorff, Handbuch, Rz 387, S. 248 i.V.m. Rz 541, S. 249 f.

5) Graf Lambsdorff a.a.O. Rz 537 unter Berufung auf Henseler, NJW 1963, 845.

6) BGH WM 1971, 347 f.; dieses wird bestätigt in BGH WM 1971, 1483, 1484.

7) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 43 Rz 42, S. 389; Thamm, S. 89 f.; Weber, S. 104 f.; Braun, S. 149 ff.; Kuhn, WM 1971, 1043; vgl. dazu Serick V, § 68 II 1 b m.w.N. in Fn 12.

über. Wenn dem Verkäufer trotzdem nur noch ein Recht auf abgesonderte Befriedigung eingeräumt wird, so liegt das daran, daß der Eigentumsvorbehalt nicht mehr der Absicherung der Käuferpflicht zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises dient. Dieser Verpflichtung ist der Käufer nachgekommen. Bestehen bleibt nur noch die Sicherungsfunktion für andere Forderungen, die mit dem Vorbehaltskauf nichts mehr zu tun haben. Wenngleich sich das Vorbehaltseigentum dadurch nicht in fiduziarisches Eigentum umwandelt, erfüllt es jetzt doch dessen Funktion. Deshalb ist eine unterschiedliche Behandlung des Sicherungseigentums und des vorbehaltenen Eigentums nach vollständiger Kaufpreiszahlung nicht gerechtfertigt. Dieses Ergebnis folgt aus der gebotenen Interessenabwägung und muß unabhängig von dogmatischen Einordnungsschwierigkeiten gelten⁸⁾.

2. Schuldrechtliche Auswirkungen

a. Generelle Anwendbarkeit des § 17 KO auf Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt

Auf schuldrechtlicher Ebene ist für den KEV zunächst zu prüfen, ob und inwieweit die Vorschrift des § 17 KO zur Anwendung kommt. Ansatzpunkt ist dabei die Frage, ob der Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht schon mit der Übergabe der Ware und der bedingten Übertragung voll erfüllt hat. Wenn diese Frage bejaht wird, bleibt für die Anwendung des § 17 KO kein Raum mehr: denn es liegt dann kein beiderseits noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vor⁹⁾.

Honsell¹⁰⁾ geht aus diesem Grunde von der Unanwendbarkeit des § 17 KO auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt aus.

8) So auch Serick V, § 68 III 1 a, S. 681.

9) Vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, § 17 Anm. 3 a.

10) Staudinger-Honsell, § 455 Rz 29, 49.

Er begründet seine Auffassung zum einen damit, daß der Bedingungseintritt - der den Eigentumsübergang auf den Käufer bewirkt - keine Erfüllungshandlung des Verkäufers mehr sei. Zum anderen meint er, die Entscheidung über die Anwendbarkeit des - meist störenden - § 17 KO dürfe nicht von begrifflichen Fragen abhängen; wesentlich sei vielmehr, zu vernünftigen Ergebnissen zu kommen¹¹⁾.

In zwei Entscheidungen, die sich mit dem Begriff der Leistung in § 18 UmstG befaßten, hat sich auch der BGH in diesem Sinne geäußert und für den Zeitpunkt der Erfüllung auf die Erfüllungshandlung abgestellt¹²⁾.

Diese Meinung ist jedoch abzulehnen. Das ergibt sich aus dem Zweck des Eigentumsvorbehaltes als einem Instrument der Lieferantensicherung. Eine solche Sicherung wäre im Falle der Unanwendbarkeit des § 17 KO nicht gegeben; denn im Käuferkonkurs wäre der Verkäufer bezüglich seiner noch offenen Forderungen auf die Konkursquote beschränkt, obwohl die Bedingung für den Eigentumsübergang noch nicht eingetreten ist. Das widerspräche dem Sinn des § 17 KO¹³⁾.

Für die Frage der Erfüllung i.S. des § 17 KO ist daher auf den Erfüllungserfolg abzustellen. Dieser Erfolg tritt beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt erst mit dem Eintritt der Bedingung ein, so daß ein solcher Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt weder vom Seiten des Käufers noch von Seiten des Verkäufers vollständig erfüllt ist¹⁴⁾.

11)

Staudinger-Honsell, § 455 Rz 29.

12) BGH NJW 1951, 437; 1952, 624; dagegen Coing, NJW 1952, 48 ff., der überzeugend nachweist, daß dieses Ergebnis nicht auf § 17 KO übertragen zu werden braucht, da insoweit andere Erwägungen maßgebend sind als bei § 18 UmstG.

13) Vgl. die überzeugende Argumentation von Lent in: Jaeger, § 17 KO Anm. 11.

14) Lent, a.a.O. Anm. 11 i.V.m. Anm. 10; im Ergebnis ebenso: Coing, NJW 1952, 48 ff. (50); RG Z 133, 42; JW 1936, 2881 f.; OLG Düsseldorf, NJW 1960, 157; Henckel in: Jaeger, § 17 KO Rz 49; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 17 Rz 18 c; Palandt-Putzo, § 455 Anm. 3.

b. Schaffung eines Verbundvertrages durch die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes

Für die konkursrechtlichen Auswirkungen eines KEV ist weiter von Bedeutung, ob die erfaßten Verträge hierdurch zu einem Verbundvertrag zusammengeschlossen werden. Sollte dem so sein, so wäre der Konkursverwalter in seinem Wahlrecht aus § 17 KO stark beschränkt; er könnte nämlich nur für die Gesamtheit der in dem Verbundvertrag zusammengefaßten Geschäfte einheitlich entscheiden, ob er sie zu erfüllen wünscht oder nicht. Es wäre ihm dadurch unmöglich, bei jedem einzelnen Vertrag gesondert zu prüfen, ob es für die Konkursmasse vorteilhaft ist, Erfüllung zu verlangen oder die Erfüllung abzulehnen. Darüber hinaus ergäben sich für den Konkursverwalter umso mehr Schwierigkeiten, je mehr Verträge für sich genommen bereits vollständig erfüllt sind¹⁵⁾.

aa. Möglichkeit der Vereinbarung eines Verbundvertrages durch den Vorbehaltsverkäufer

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Vorbehaltsverkäufer überhaupt die Möglichkeit hat, durch eine Vereinbarung mit dem Vorbehaltskäufer - nämlich die Schaffung eines Verbundvertrages - rechtlich bindend auf Verträge einzuwirken, bei denen nicht er, sondern ein konzernangehöriges Unternehmen Vertragspartner ist.

Von dieser Möglichkeit wird bei der Diskussion um die Theorie vom Verbundvertrag - soweit ersichtlich - einheitlich ausgegangen¹⁶⁾. Der Grund hierfür mag darin liegen,

15) Vgl. Kuhn, WM 1972, 210, der den KEV aufgrund dieser Schwierigkeiten für sittenwidrig hält.

16) Vgl. dazu Braun, S. 175, der dies auch begründet, allerdings nur für die von ihm untersuchten Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes ohne Einbeziehung der Forderungen Dritter.

daß die entsprechenden Ansichten überwiegend im Zusammenhang mit Ausführungen zu Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes geäußert werden, bei denen nur weitere Forderungen des Vorbehaltsverkäufers gesichert werden.

Die Konstellation bei einem KEV ist jedoch eine andere; denn durch die Erweiterung werden auch die bestehenden und künftigen Forderungen anderer Konzernunternehmen gesichert. Die ausdrückliche Vereinbarung eines Verbundvertrages durch den Vorbehaltsverkäufer stellt einen Eingriff in die Rechtssphäre dieser Konzernunternehmen dar: Dadurch wird auf das konkursrechtliche Schicksal ihrer Verträge mit dem Vorbehaltskäufer eingewirkt. Das geschieht in zwei Richtungen. Zum einen soll das Wahlrecht des Konkursverwalters gem. § 17 KO bezüglich dieser Verträge auch dann bestehen, wenn sie, isoliert betrachtet, bereits vollständig abgewickelt sind¹⁷⁾; zum anderen wäre der Konkursverwalter auch bei noch nicht abgewickelten Verträgen gezwungen, seine Entscheidung nach Gesichtspunkten zu treffen, die sich nicht allein auf das Einzelgeschäft beziehen, sondern auf den gesamten Verbundvertrag. Zu einem solchen Eingriff ist ohne eine entsprechende Einwilligung im Innenverhältnis grundsätzlich niemand befugt.

Eine Ausnahme hiervon wird lediglich in § 328 BGB gemacht. Diese Vorschrift besagt, daß zwei Vertragsparteien zugunsten eines Dritten bestimmen können, daß dieser das Recht erhält, direkt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern (Vertrag zugunsten Dritter). Der Dritte braucht dem Rechtserwerb nicht zuzustimmen¹⁸⁾, hat aber ein Zurückweisungsrecht nach § 333 BGB.

17) Vgl. Kuhn, WM 1972, 210.

18) Palandt-Heinrichs, Einführung vor § 328 Anm. 3.

Die Vereinbarung eines Verbundvertrages stellt jedoch keinen Vertrag zugunsten Dritter dar. Es liegt zwar eine Begünstigung der übrigen Konzernunternehmen insofern vor, als ihre Forderungen gegen den Vorbehaltskäufer für den Konkursfall mitgesichert sind; hierin liegt aber keinesfalls eine Begünstigung i.S. des § 328 BGB. Insbesondere fehlt es an dem Recht des begünstigten Dritten, von dem Vorbehaltskäufer eine Leistung zu fordern. Genausowenig verträgt sich die Vereinbarung eines Verbundvertrages mit dem Recht der übrigen Konzernunternehmen auf Zurückweisung der Begünstigung gem. § 333 BGB.

Aus den sonstigen Rechtsbeziehungen des Vorbehaltsverkäufers zu den übrigen Konzernunternehmen kann sich allerdings eine konkludente Ermächtigung ergeben. Zu denken ist dabei vor allem an die konzernrechtlichen Verpflichtungen der zusammengeschlossenen Unternehmen untereinander. Wann sich daraus im Einzelfall eine Ermächtigung ergibt, kann generell nicht beantwortet werden. Dafür ist der Begriff des Konzerns zu vielschichtig und umfaßt zuviele Gestaltungsmöglichkeiten¹⁹⁾. Grundsätzlich ist aber umso eher von der Berechtigung des Vorbehaltsverkäufers zur Vereinbarung eines Verbundvertrages auszugehen, je enger die einzelnen Unternehmen miteinander verbunden sind und je stärker die einheitliche Leitung des Konzernverbundes ausgeprägt ist²⁰⁾.

19) Vgl. Biedenkopf-Koppensteiner in: Kölner Kommentar zum AktG, § 18 Rz 5 ff. (zum Problem der einheitlichen Leitung) unter Bezugnahme auf Flume, BB 1968, 1011 (1013), der die Möglichkeit einer klaren Definition bezweifelt.

20) Bei einem Konzern i.S. des § 18 I AktG ist von einer Ermächtigung zugunsten des übergeordneten Unternehmens daher eher auszugehen als bei einem Konzern i.S. des § 18 II AktG, bei dem die einzelnen Unternehmen voneinander unabhängig sind.

Unproblematisch ist natürlich die ausdrückliche Einräumung einer Ermächtigung durch die übrigen Konzernmitglieder.

bb. Auslegung der Erweiterungsklausel

Zu prüfen ist schließlich, ob - in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien - die Einigung über die Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes so ausgelegt werden kann, daß die ursprünglich selbständigen Verträge dadurch zu einem Verbundvertrage zusammengefaßt werden. Die Auslegung dieser Einigung hat nach den allgemeinen Regeln des BGB (§§ 133, 157 BGB) zu erfolgen²¹⁾.

Der BGH²²⁾ vertritt dazu die Meinung, die Annahme eines Einheitlichkeitswillens der Parteien bezüglich verschiedener Rechtsgeschäfte setze nicht voraus, daß "zwischen den mehreren Geschäften ein rechtlicher Zusammenhang bereits durch rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt wird". Es genüge vielmehr "der unter Berücksichtigung der Interessen aller Vertragsschließenden und ihres erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB) zu ermittelnde Einheitswille der Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses".

Ein Indiz für den Einheitlichkeitswillen der Parteien ist der wirtschaftliche Zusammenhang der den gesicherten Forderungen zugrunde liegenden Verträge²³⁾. Dieser wirtschaftliche Zusammenhang ergibt sich aus der gemeinsamen Konzernzugehörigkeit der mitgesicherten Gläubiger und des Konzernverbundes. Hierbei handelt es sich jedoch nur um ein - aufgrund der Gläubigervielfalt auch noch schwaches - Indiz, das für sich allein noch nicht aus-

21) Vgl. hierzu und im folgenden Braun, S. 176, 177.

22) BGH MDR 1966, 749; hierbei behandelte der BGH allerdings die Frage der rechtlichen Einheit i.S. des § 139 BGB.

23) BGH MDR 1966, 749.

reicht²⁴⁾.

Die Theorie vom Verbundvertrag ist abzulehnen. Die Vereinbarung der Erweiterungsklausel kann nicht in diesem Sinne ausgelegt werden. Das ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

- Die Verträge, deren rechtliche Selbständigkeit durch die Vereinbarung eines Verbundvertrages aufgehoben würde, können - aufgrund der Reichweite des KEV - ganz unterschiedlicher Natur sein. Es braucht sich keinesfalls nur um Kaufverträge zu handeln, wie das bei dem Warenlieferungsvertrag der Fall ist; vielmehr würden hierdurch alle möglichen Verträge betroffen.
- Außerhalb des Käuferkonkursverfahrens wäre die Vereinbarung eines Verbundvertrages für den Konzernverbund nachteilig; denn dadurch komplizierte sich die Abwicklung der einzelnen Verträge. In jedem Falle wäre Rücksicht auf den übergeordneten Verbundvertrag zu nehmen. Andererseits wäre es aber auch unzulässig, die Einheitlichkeit des Schuldverhältnisses nur für das Konkursverfahren herzustellen; hierin läge ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger (vgl. §§ 8 I VerglO, 3 I KO)²⁵⁾. Ohne eine ausdrückliche Vereinbarung spricht daher die Vermutung gegen den Parteiwillen auf Abschluß eines Verbundvertrages.
- Die Schaffung eines Verbundvertrages wäre auch für den Vorbehaltskäufer nutzlos; für ihn liegt hierin keinerlei Vorteil. Es ist daher nicht ersichtlich, woraus sich sein Einheitlichkeitswille ergeben sollte.

²⁴⁾ BGH BB 1970, 1591.

²⁵⁾ Mittmann, NJW 1973, 1109; Flume, NJW 1950, 845; Graf Lambsdorff, Handbuch, Rz 63, S. 29; Braun, S. 177.

- Schließlich und letztlich entscheidend ist das Abstraktionsprinzip zu beachten²⁶⁾. Danach muß zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Auswirkungen streng unterschieden werden. Die Vereinbarung eines KEV dient der dinglichen Sicherung der Forderungen des Konzernverbundes gegen den Vorbehaltskäufer. Ein Rückschluß hieraus auf eine damit gleichzeitig beabsichtigte schuldrechtliche Verknüpfung verbietet sich nach dem oben genannten Prinzip.

Insgesamt kann also nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien des Warenlieferungsvertrages mit der Vereinbarung des KEV auch die entsprechenden Verträge zu einem Verbundvertrag zusammenfassen wollten. Hierzu bedürfte es einer ausdrücklichen Absprache²⁷⁾.

Als vorläufiges Ergebnis bleibt daher an dieser Stelle festzuhalten: Zur Schaffung eines Verbundvertrages bedarf der Warenlieferant der Ermächtigung durch seine Konzernmitglieder.

In der Vereinbarung des KEV liegt nicht bereits die konkludente Einigung, die betroffenen Schuldverhältnisse einheitlich zusammenzufassen.

26) So auch Braun, S. 176.

27) So auch die herrschende Meinung: Henckel in: Jaeger, § 17 KO Rz 62, S. 505 f.; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 17 Anm. 3 a, S. 89 f.; Mohrbutter, Handbuch S. 774; Bley, § 36 VerglO Anm. 44 b; differenzierend Serick V, § 68 III, S. 680 ff.; RGRK (Mezger), § 455 Rz 16;
anderer Ansicht: Neuschäffer, JW 1935, 3520; wohl auch Kuhn, WM 1972, 210, der die gleichzeitige Schaffung eines Verbundvertrages als Argument für die Unzulässigkeit des KEV anführt.

c. Konsequenzen der Entscheidung des Konkursverwalters
gem. § 17 KO

aa. Rechtslage nach vollständiger Tilgung der Kaufpreis-
forderung aus dem Vorbehaltskauf im Zeitpunkt der
Konkurseröffnung über das Vermögen des Vorbehaltskäufers

Nach vollständiger Tilgung der Kaufpreisforderung steht dem Konkursverwalter bezüglich des ursprünglichen Vorbehaltskaufvertrages ein Wahlrecht aus § 17 KO nicht mehr zu. Die Voraussetzungen dieser Norm liegen nicht vor und durch die Erweiterungsklausel wird kein Verbundvertrag geschaffen²⁸⁾. Die Vorbehaltsware sichert nur noch solche Forderungen, die vor Konkurseröffnung an die Stelle der Forderung aus dem Vorbehaltskauf getreten sind; insoweit steht dem Vorbehaltsverkäufer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zu²⁹⁾.

Hieran knüpft sich eine weitere konkursrechtliche Frage an: Bei einer Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes ohne Einbeziehung der Forderungen Dritter in die Sicherung gilt der sogenannte Grundsatz der Ausfallhaftung. Dieses in § 64 KO festgelegte Prinzip dient dem Interesse der nicht absonderungsberechtigten Gläubiger³⁰⁾, indem es bestimmt, daß der absonderungsberechtigte Gläubiger nur mit dem Betrage seiner Forderung an dem Konkursverfahren teilnimmt, mit welchem er bei der Verwertung seiner Sicherheit ausgefallen ist³¹⁾. Die Voraussetzungen hierfür sind, daß der Absonderungsgegenstand zur Konkursmasse gehört³²⁾, und daß der Gemeinschuldner der persönliche Schuldner des absonderungsberechtigten Gläubigers ist.

28) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 2. b.

29) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 1.

30) RG Z 155, 102.

31) RG Z 16, 70; BGH Z 31, 177.

32) RG Z 52, 170; 91, 12; anderenfalls besteht für die ganze Schuld nur eine Konkursforderung.

An diesem Punkt unterscheidet sich jedoch der KEV von einer einfachen Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes ohne Einbeziehung der Forderungen Dritter: Nach Zahlung der Kaufpreisforderung nämlich kann der KEV die Forderung eines anderen Konzernunternehmens sichern. In diesem Fall aber fallen die Gläubigerstellung hinsichtlich der zu sichernden Forderung und die Inhaberschaft der dinglichen Berechtigung auseinander. Damit entfällt eine der Voraussetzungen des § 64 KO, so daß dieser nicht mehr anwendbar sein könnte. Stattdessen könnte § 68 KO eingreifen; diese Vorschrift kommt zu Anwendung bei einem Konkurs über das Vermögen von Gesamtschuldnern. Sie bestimmt, daß der Gläubiger in einem solchen Fall in jedem Verfahren zu seiner vollständigen Befriedigung den Betrag geltend machen kann, den er im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu fordern hatte. Dadurch soll der Gläubiger davor geschützt werden, mit einem Teil seiner Forderung auszufallen, obwohl die Quoten der Konkurse aller Gesamtschuldner zusammengenommen möglicherweise zu seiner vollen Befriedigung führen würden³³⁾. Unter bestimmten Voraussetzungen ist diese Norm auch einschlägig, wenn neben den verpflichteten Gemeinschuldner die bloße Sachhaftung eines Dritten tritt³⁴⁾. Dabei handelt es sich um den Fall, daß der Gemeinschuldner nur persönlich haftet und der Sicherungsgegenstand einem Dritten gehört, der nicht auch persönlicher Schuldner ist.

Weder die Voraussetzungen des § 64 KO noch diejenigen des § 68 KO liegen vollständig vor. Die Frage, welche der beiden Normen auf den KEV Anwendung findet, muß im Hinblick auf die Interessenlage der Parteien beantwortet werden. Eine entsprechende Abwägung ergibt einen Vorrang

33) BGH NJW 1969, 796.

34) Serick V, § 68 IV 3 a, S. 719.

des § 64 KO; denn für die beiden beteiligten Konzernunternehmen - Vorbehaltsverkäufer und Gläubiger der nach Kaufpreiszahlung durch den KEV gesicherten Forderung - besteht gar nicht die Gefahr, vor der der § 68 KO den Konkursgläubiger schützen will: es existieren nicht mehrere Konkursverfahren, bei denen die Forderung des Gläubigers jedesmal berücksichtigt werden müßte, um seine möglichst vollständige Befriedigung nicht zu behindern. Auch gehört der Sicherungsgegenstand nicht - wie eine analoge Anwendung von § 68 KO voraussetzt - einem Dritten: Das Anwartschaftsrecht an der Vorbehaltssache hatte vielmehr auch der persönlich schuldende Vorbehaltskäufer inne.

Die Interessenlage ist andererseits fast identisch mit derjenigen, die durch § 64 KO erfaßt werden soll. Der Gläubiger der zu sichernden Forderung ist konkursrechtlich durch ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gesichert. Dieses Recht steht zwar formal dem Vorbehaltsverkäufer zu, wirtschaftlich jedoch kommt es dem konzernangehörigen Gläubiger zugute. Bei diesem Sachverhalt ist daher die entsprechende Anwendung des § 64 KO geboten; denn auch hier müssen die nicht absonderungsberechtigten Gläubiger davor geschützt werden, daß ein anderer Gläubiger abgesonderte Befriedigung verlangen kann und gleichzeitig die Konkursquote für die zugrunde liegende Forderung in voller Höhe beansprucht.

bb. Rechtslage vor vollständiger Tilgung der Kaufpreisforderung aus dem Vorbehaltskauf im Zeitpunkt der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vorbehaltskäufers

Wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vorbehaltskäufers der Kaufpreis für die Vorbehaltsware noch nicht vollständig getilgt worden ist, dann gilt folgendes:

- Dem Vorbehaltsverkäufer steht ein Aussonderungsrecht am Vorbehaltsgut zu³⁵⁾.
- Der Konkursverwalter besitzt im Hinblick auf den noch nicht vollständig erfüllten Vorbehaltskaufvertrag das Wahlrecht des § 17 KO³⁶⁾.

(1) Erfüllungswahl des Konkursverwalters

Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so bedeutet das zunächst, daß die Kaufpreisforderung gem. § 59 I Nr. 2 KO zu einer Masseschuld wird. Zu klären bleibt aber noch die sich hieran anschließende Frage, welche sachenrechtliche Rechtsstellung der Warenlieferant nach Tilgung dieser Masseschuld bezüglich anderer noch offener Forderungen hat, die in die Erweiterung des KEV einbezogen sind.

Ein Fortbestehen des Aussonderungsrechts des Warenlieferanten scheidet von vorneherein aus. Wenn die vollständige Tilgung der Kaufpreisforderung vor Konkurseröffnung einen Wechsel des Aussonderungsrechts zu einem Recht auf abgesonderte Befriedigung bewirkt³⁷⁾, so kann die Rechtsstellung

35) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 1.

36) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 2.

37) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 1.

des Lieferanten nicht stärker sein, falls diese Zahlung während des Konkursverfahrens erfolgt. Anderenfalls läge hierin nicht nur eine unzulässige Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger, sondern es könnte für den Konkursverwalter auch de facto unmöglich sein, die Erfüllung zu wählen; denn er müßte praktisch sämtliche in die Erweiterung einbezogenen Forderungen als Masseschulden tilgen, um den Sicherungsgegenstand der Konkursmasse einzuverleiben.

Nach Meinung von Serick³⁸⁾ erlischt nach Tilgung der zur Masseschuld gewordenen Kaufpreisforderung jede dingliche Berechtigung des Verkäufers an der Ware. Zur Begründung hierfür wird § 15 KO herangezogen. Diese zwingende Norm des Konkursrechts bestimmt, daß nach Eröffnung des Konkursverfahrens keine Rechte mehr an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen erworben werden können (§ 15 S. 1 KO). Der Verstoß gegen § 15 KO wird nun von Serick mit der rechtlichen Struktur der Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und mithin auch des KEV begründet. Hierin lägen im Grunde zwei rechtlich relevante Vereinbarungen:

- die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehaltes und
- anschließende - nach Eigentumsübergang an der Vorbehalts-
sache auf den Käufer - antizipierte Rückübereignung
zur Sicherung anderer Forderungen.

In der vorliegenden Fallgestaltung würde die antizipierte Rückübereignung erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens wirksam. Der Verkäufer erlange das durch die Sicherungsübereignung vermittelte Recht auf abgesonderte Befriedigung daher auch erst zu diesem Zeitpunkt. Hierin liege ein Verstoß gegen § 15 KO.

³⁸⁾ Serick, BB 1978, 1477 ff. (1483 f.).

Diesen Ausführungen kann bereits im Ansatz nicht gefolgt werden. Nach Zahlung des Kaufpreises geht nämlich das Eigentum an der Ware nicht zunächst auf den Käufer über, bevor eine antizipierte Rückübereignung zur Sicherung anderer Forderungen wirksam wird. Es handelt sich nicht um eine nachträgliche Erweiterung des einfachen Eigentumsvorbehaltes, sondern vielmehr um eine nachträgliche Spezifizierung der bisher nur bestimmbaren, aber im vollen Umfang gesicherten Forderungen³⁹⁾. Der Eigentumserwerb des Käufers ist also von vorneherein bis zur Tilgung aller Forderungen aufgeschoben. Von diesem Ausgangspunkt aus ergibt sich, daß der Verkäufer nach Tilgung der zur Masseschuld gewordenen Kaufpreisforderung kein Sicherungsrecht erwirbt, sondern daß sich dadurch ein bereits bestehendes Sicherungsrecht lediglich konkretisiert. Hierin liegt aber kein Verstoß gegen § 15 KO.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß dem Warenlieferanten in der hier untersuchten Fallgestaltung ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht. Insoweit kann nichts anderes gelten als für den Fall, daß die Kaufpreisforderung für die Vorbehaltsware vor Konkurseröffnung getilgt worden ist. In jedem Fall handelt es sich um den Eintritt der Bedingung, die den Erweiterungsfall herbeiführt. Danach sichert die Vorbehaltsware andere Forderungen des Konzernverbundes und gewährt entsprechend dem oben Gesagten ein Recht auf abgesonderte Befriedigung⁴⁰⁾.

39) Siehe oben Teil I 1. Abschn. I. 1.

40) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 1.

Etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn der Konkursverwalter an keinem weiteren Geschäft festhalten will. Dann nämlich wandelten sich die übrigen Forderungen der Konzernunternehmer in Schadensersatzansprüche um, auf die sich der XEV nicht bezieht. Unter dieser Voraussetzung verliere der Vorbehaltsverkäufer seine dingliche Rechtsposition an der gelieferten Sache.

(2) Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters.

Weniger problematisch sind die rechtlichen Konsequenzen, die sich aus einer Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters ergeben. Auf dinglicher Seite ist der Vorbehaltsverkäufer aussonderungsberechtigt, auf schuldrechtlicher Seite steht ihm ein Schadensersatzanspruch zu, den er als Konkursforderung geltend machen kann (§§ 26 S. 2, 61 I Nr. 6 KO). Das Verhältnis dieser beiden Rechtspositionen zueinander wird durch den Sicherungszweck bestimmt: Das Aussonderungsrecht soll dazu dienen, den Schadensersatzanspruch des Lieferanten möglichst in voller Höhe zu befriedigen. Das hat zum einen zur Folge, daß der Grundsatz der Ausfallhaftung (§ 64 KO) nicht gelten kann; zum anderen gehört ein etwaiger Mehrwert der Konkursmasse¹⁾. Dieser kann sich z.B. ergeben, wenn vor Konkursöffnung schon Teilzahlungen auf den Kaufpreis geleistet waren.

¹⁾ vgl. dazu im einzelnen Serick I, § 13 II 2 b, 3.

Ergebnis zum dritten Abschnitt:

1. Auf sachenrechtlicher Ebene gewährt der KEV bis zur Zahlung des Kaufpreises für die Vorbehaltssache dem Warenlieferanten ein Aussonderungsrecht. Nach der Kaufpreiszahlung steht dem Vorbehaltsverkäufer nur noch ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zu.
2. Auf schuldrechtlicher Ebene ist § 17 KO auf den KEV anwendbar.

Es werden trotz der Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes auf sämtliche bestehenden und zukünftigen Forderungen der Konzernmitglieder die zugrunde liegenden Verträge nicht zu einem einheitlichen Schuldverhältnis i.S. des § 17 KO zusammengefaßt.
- 3a. Falls im Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Kaufpreis für die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware bereits getilgt war, besteht bezüglich des Vorbehaltskaufs kein Wahlrecht des Konkursverwalters mehr. Der Vorbehaltsverkäufer hat ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, falls noch zu sichernde Forderungen bestehen. Bei der Inanspruchnahme dieses Rechts gilt der Grundsatz der Ausfallhaftung gem. § 64 KO.
- b. Falls im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Kaufpreisforderung noch nicht getilgt war, steht dem Konkursverwalter bezüglich des Vorbehaltskaufs ein Wahlrecht gem. § 17 KO zu. Wählt er die Erfüllung und tilgt die Kaufpreisforderung als Masseschuld, so gilt das gleiche wie unter a. - unter der Voraussetzung, daß der Konkursverwalter nicht die Erfüllung aller anderen noch offenen Verträge ablehnt.

Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so steht dem Warenlieferanten ein Aussonderungsrecht an der Vorbehaltssache ebenso zu wie schuldrechtlich ein Schadensersatzanspruch. Dabei gilt jedoch der Grundsatz der Ausfallhaftung nicht, ein Mehrwert steht der Konkursmasse zu.

Zweiter Teil: Die KVK

Erster Abschnitt: Vereinbarung einer KVK im Individualvertrag

I. Einführung

Als mögliches Sicherungsinstitut des Konzernverbundes kommt neben dem KEV auch die KVK in Betracht. Sie kann in zwei Varianten vereinbart werden:

- Einmal kann sie dem Käufer von Waren die Möglichkeit verschaffen, gegen die Kaufpreisforderung mit Forderungen anderer Unternehmen aus seinem Konzernverbund gegen den Verkäufer aufzurechnen.
- Zum anderen kann sie dem Verkäufer das Recht geben, die Schuld eines anderen Konzernunternehmens bei dem Käufer durch Verrechnung mit der eigenen Forderung zu tilgen.

In beiden Varianten soll der Konzernverbund davor geschützt werden, im Falle der Insolvenz des Vertragspartners die eigenen Verbindlichkeiten in voller Höhe begleichen zu müssen, während die Realisierung der eigenen Forderungen gefährdet ist. Dabei werden im ersten Fall die Ansprüche der anderen - an der Vereinbarung der KVK nicht beteiligten - Konzernangehörigen, im zweiten Fall die Kaufpreisforderung des Verkäufers gesichert.

1. Der Begriff des Konzerns

Der Begriff des Konzerns wird wie im ersten Teil der Arbeit auch für die KVK ausgelegt; danach entspricht er der Definition des § 18 AktG¹⁾.

1) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a. aa.

2. Die rechtliche Konstruktion der KVK

a. Gesetzliche Möglichkeiten der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten bzw. gegen die Schuld eines Dritten

aa. Die KVK in Verkaufsbedingungen

Zu untersuchen ist zunächst, inwieweit für den Verkäufer nicht schon kraft Gesetzes die Möglichkeit besteht, die Schuld eines anderen konzernangehörigen Unternehmens durch Aufrechnung zu tilgen. Anknüpfungspunkt ist § 267 I 2 BGB, der die Tilgung der Schuld eines Dritten ausdrücklich auch ohne vorhergegangene Einwilligung des Schuldners vorsieht. Der Verkäufer kann demnach bereits kraft Gesetzes die Schulden anderer Konzernunternehmen tilgen - vom Ausnahmefall des § 267 I 1 BGB abgesehen (wenn der Schuldner in Person zu leisten hat). Diese Leistung liegt im Konzerninteresse und entspricht somit dem Interesse des Schuldners ebenso wie dem mutmaßlichen Interesse des Gläubigers.

Die Aufrechnung stellt jedoch einen Erfüllungsersatz dar ²⁾ ; sie ist aus der Sicht des Aufrechnungsgegners anders zu beurteilen: seine Interessen werden hierdurch nämlich nachhaltig beeinträchtigt. Er wird der Art nach nicht auf die im zugrunde liegenden Vertrag vorgesehene Weise befriedigt. Deshalb wird im Rahmen des § 267 I BGB von der herrschenden Meinung eine Leistung mittels

2) Palandt-Heinrichs, § 387 Anm. 1; RG Z 120, 282.

Erfüllungssurrogats abgelehnt ³⁾. Dieser h.M. wird auch in der vorliegenden Arbeit gefolgt; denn dem Aufrechnungsgegner würde sonst in einer für ihn nicht vorhersehbaren Art der Verlust seiner Forderung durch einen Dritten - in unserem Fall durch den konzernangehörigen Warenlieferanten - aufgezwungen ⁴⁾. Dadurch würde der Aufrechnungsgegner in seinen finanziellen Dispositionen stark gehemmt. Er wäre nämlich in der Abtretung seiner Forderung zu Kreditbeschaffungszwecken beschränkt, da die Aufrechnung auch gegen den Zessionar wirkt (§ 406; vgl. auch § 404 BGB). Das widerspricht den wirtschaftlichen Interessen des Aufrechnungsgegners insofern, als er keine liquiden Mittel erhält, mit denen er disponieren kann. Die Tilgung der Schuld eines Dritten ist daher nicht schon kraft Gesetzes zulässig.

bb. Die KVK in Einkaufsbedingungen

Für den konzerngebundenen Käufer kommt erst recht keine bereits gesetzlich eröffnete Möglichkeit in Betracht, die eigene Schuld durch Aufrechnung mit Forderungen zu tilgen, welche anderen Konzernunternehmen gegen seinen Gläubiger zustehen. Hierzu gilt zunächst das oben Gesagte. Hinzu kommt noch, daß er nicht schon kraft Gesetzes befugt ist, über die Forderungen seiner Konzernangehörigen zu verfügen.

- b. Vertragliche Vereinbarung der Tilgungsmöglichkeit der Schuld eines Dritten durch Aufrechnung bzw. der Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten.

Es besteht keine gesetzliche Regelung des Aufrechnungs-

³⁾ Zur Aufrechnung vgl. RG Z 78, 382, 384; 119, 1, 4; RG HRR 1933, Nr.994; zur Hinterlegung: Soergel-R. Schmidt, § 268 Rz 3 m.w.N.; a.A. KG JW 1928, 2563, 2564 mit ablehnender Anmerkung von Oertmann.

⁴⁾ RG Z 119, 1, 4.

vertrages⁵⁾. Die Möglichkeit seiner Vereinbarung ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit⁶⁾. Wenn eine solche vertragliche Vereinbarung vorliegt, ist das Bestehen einer gesetzlichen Aufrechnungslage entbehrlich. Es bedarf also weder der Fälligkeit⁷⁾ noch der Gleichartigkeit⁸⁾ noch der Gegenseitigkeit⁹⁾. Anstelle der Gegenseitigkeit ist dann aber erforderlich - da die Vertragsfreiheit Grenzen hat -, daß die Parteien über die aufzurechnenden Forderungen verfügen können¹⁰⁾. Bei der KVK in Verkaufsbedingungen steht dieses Erfordernis einem wirksamen Aufrechnungsvertrag nicht im Wege, da der Verkäufer ja Inhaber der Forderung aus § 433 II BGB ist, und der Dritte, dessen Schuld getilgt werden soll, in der Regel - wie sich aus § 267 BGB ergibt - nicht einzuwilligen braucht; erforderlich ist lediglich die Einwilligung des Käufers, daß der Aufrechnende zugunsten des konzernangehörigen Dritten kompensieren darf.

Bei der KVK in Einkaufsbedingungen hingegen ist die Zustimmung des konzernangehörigen Unternehmens erforderlich, welches Inhaber der aufzurechnenden Forderung ist.

aa. Mögliche Formen des Aufrechnungsvertrages

Ein Aufrechnungsvertrag kann, da er gesetzlich nicht normiert ist, in unterschiedlicher Weise vereinbart werden.

(1) Durch den Aufrechnungsvertrag kann zunächst die Mög-

5) Eine solche Regelung hielt man für entbehrlich, vgl. Motive II, S. 104.

6) MK-von Feldmann, § 387 Rz 17.

7) RG Z 104, 186, 188.

8) BGH Z 1, 23, 28.

9) Palandt-Heinrichs, § 387 Anm. 2 mit Hinweis auf Börner, NJW 1961, 1505.

10) RG Z 72, 377, 378.

lichkeit eröffnet werden, zukünftig die Aufrechnung durch einseitige Erklärung zu vollziehen. Es handelt sich hierbei um einen schuldrechtlichen Vertrag mit dem Inhalt, daß in Zukunft eine Aufrechnung ohne Vorliegen einer gesetzlichen Aufrechnungslage i.S. des § 387 BGB von einer Vertragspartei erklärt werden kann ¹¹⁾. Die Verfügung liegt nicht in dem Aufrechnungsvertrag, sondern in der (später folgenden) Aufrechnungserklärung.

Der Aufrechnungsvertrag dieses Inhalts, der erst für die Zukunft eine Kompensationsmöglichkeit schafft, wird im folgenden als Aufrechnungsvorvertrag bezeichnet ¹²⁾.

(2) Der die Kompensationsmöglichkeit schaffende Aufrechnungsvertrag kann aber auch so verstanden werden, daß er bereits die Verfügung vollziehen soll, und zwar entweder

- mit sofortiger Wirkung, oder
- mit Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder einer bestimmten Bedingung ¹³⁾.

So verstanden enthält der Aufrechnungsvertrag einerseits die schuldrechtliche Vereinbarung, daß auf das Bestehen einer Aufrechnungslage verzichtet wird, andererseits die Verfügung über die Forderungen. Falls die Aufrechnung vom Eintritt einer Bedingung abhängig sein soll, so wird als solche Bedingung die schlichte Erklärung der Aufrechnung durch eine der beiden Parteien vereinbart ¹⁴⁾. Hierbei

11) Zu der Frage, welche Voraussetzungen der Aufrechnungslage entbehrlich sind, siehe unten Teil II 1. Abschn. I. 2. b. cc.

12) Vgl. zu dieser Bezeichnung Palandt-Heinrichs, § 387 Anm. 2, der als Beispiele für einen solchen Vorvertrag die Stundungsabrede und die Begründung eines Kontokorrentverhältnisses nennt.

13) RGRK (Weber), Vor § 387 Rz 30, Anm. VI 1 a).

14) Zweck einer solchen Vereinbarung wäre die Vorverlegung des Zeitpunktes der Verfügung; dies kann im Falle des Käuferkonkurses von Bedeutung sein. Hierin läge kein Verstoß gegen § 388 S. 2, vgl. Palandt-Heinrichs, § 387 Anm. 2.

handelt es sich dann um eine sogenannte Potestativbedingung¹⁵⁾; denn die Entscheidung über das Ob und das Wie der Aufrechnung steht noch aus und soll von dem Willen des zur Aufrechnung Berechtigten abhängen.

Der Unterschied zur ersten Möglichkeit ist also der, daß der Zeitpunkt der Verfügung der Abschluß des Aufrechnungsvertrages ist. Die spätere Aufrechnungserklärung bewirkt diese Verfügung dann nicht mehr, sondern stellt das durch die Bedingung vorgesehene Ereignis dar, das der vorweggenommenen Verfügung zur Wirksamkeit verhilft. Wenn die Forderungen, über die durch den Aufrechnungsvertrag verfügt wird, in diesem Zeitpunkt noch nicht existent sind, müßte der Vertrag als in zweifacher Hinsicht bedingt angesehen werden: Zunächst unter der Bedingung der Aufrechnungserklärung (die, wie oben gesagt, keine verfügende Wirkung mehr hat); darüber hinaus unter der Bedingung, daß die Forderung(en) - über die bereits durch den Vertrag verfügt wurde - überhaupt entstehen.

bb. Subsumtion der KVK

Die zuletzt genannte Konstruktion begegnet verschiedenen rechtlichen Bedenken. Diese beruhen zunächst auf der mangelnden Bestimmbarkeit¹⁶⁾. Denn der Aufrechnungsvertrag enthielte ja die Verfügung über sämtliche "in Zukunft möglicherweise und gleichgültig aus welchen Geschäften entstehenden Forderungen" 17). Diese Verfügung ist eventuell nicht hinreichend bestimmt, da weder die Forderung noch der künftige Aufrechnungsgegner feststehen.

Außerdem ergibt sich noch ein bedingungsrechtliches Bedenken: Da die Aufrechnungserklärung - durch welche der -----

15) Vgl. Westermann, KVK, S. 8.

16) Pfeiffer - Franken, NJW 1960, 1979.

17) Pfeiffer - Franken, NJW 1960, 1979.

Bedingungseintritt herbeigeführt werden soll - gesetzliches Wirksamkeitserfordernis der Aufrechnungswirkung ist, wird der Anwendungsbereich des § 158 BGB verlassen; es liegt darin eine sogenannte Rechtsbedingung¹⁸⁾.

Um den genannten Bedenken aus dem Weg zu gehen, liegt es für die Parteien deshalb näher, die KVK als Aufrechnungsvorvertrag zu vereinbaren. Dafür spricht auch, daß dadurch die Zahlung als vornehmlicher Erlösgrund weiterhin möglich bleibt; denn da die KVK in erster Linie ein Sicherungsinstitut ist, werden die Vertragspartner davon im normalen Geschäftsgang keinen Gebrauch machen wollen. Dem Sicherungsnehmer soll lediglich für den Ausnahmefall der Insolvenz des Abnehmers eine Befriedigungsmöglichkeit verschafft werden¹⁹⁾.

Von diesen Überlegungen scheint auch der BGH in den Entscheidungen ausgegangen zu sein, in denen eine KVK zur beurteilen war: In MDR 1966, S.923²⁰⁾ wird dies dadurch deutlich, daß das Gericht sich ausschließlich mit der Frage beschäftigte, ob eine Aufrechnungserklärung erfolgt war. Es sah diese Erklärung als für den Vollzug der Aufrechnung entscheidend an, erblickte den Vollzug also nicht bereits in der vertraglichen Vereinbarung der KVK. In BGH Z 81, S. 15 und WM 1985, S. 696 wird dieser Schluß noch zwingender: Der BGH konnte nur deshalb die §§ 55 S.1 Nr.2 und Nr.3 KO analog auf die KVK anwenden, weil er nicht bereits den Abschluß der KVK als Verfügung über die Forderungen ansah.

18) Vgl. Westermann, KVK, S. 8.

19) So auch Westermann, KVK, S. 8 sowie Brych, KVK, S. 49 ff.

20) Auch abgedruckt in WM 1966, 651.

cc. Ausgestaltung des Aufrechnungsvorvertrages

Durch die Vereinbarung einer KVK als Aufrechnungsvorvertrag wird von den Voraussetzungen der gesetzlichen Aufrechnungslage auf dasjenige der Gegenseitigkeit verzichtet. Dadurch wird das Ziel dieses Rechtsinstituts erreicht, die Kredite des Konzernverbundes zu sichern. Es ist deshalb nicht davon auszugehen, daß auch auf die übrigen Voraussetzungen der gesetzlichen Aufrechnungslage verzichtet werden soll. Bei dem Erfordernis der Gleichartigkeit ist das offensichtlich; denn im kaufmännischen Verkehr wird eine Aufrechnung wohl immer nur Geldforderungen betreffen.

Es kann aber auch davon ausgegangen werden, daß durch die Vereinbarung einer KVK nicht auf das Erfordernis der Fälligkeit bzw. Erfüllbarkeit verzichtet werden soll; denn dadurch würde keine zusätzliche Sicherung des Konzernverbundes erreicht.

II. Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung einer KVK

Soweit Bedenken gegen das Institut der KVK - als Aufrechnungsvorvertrag verstanden - angemeldet werden, beziehen sie sich auf die Aufnahme der KVK in AGB²¹⁾ oder auf ihre Wirksamkeit im Konkurs des Abnehmers²²⁾. Es werden zwar gelegentlich persönliche Wertungen ausgedrückt, die die KVK als wirtschaftlich ungesund und unerwünscht bezeichnen²³⁾; die rechtliche Zulässigkeit ihrer individualvertrag-

21) BGH Z 81, 15; siehe unten, Teil II 2. Abschn. IV.

22) BGH Z 81, 15.

23) Rasch, S. 217.

lichen Vereinbarung wird dagegen allgemein bejaht²⁴⁾.

Da keine den Grundsatz der Vertragsfreiheit einschränkenden Grenzen im Falle der individuellen Vereinbarung einer KVK ersichtlich sind, wird im folgenden von ihrer uneingeschränkten Zulässigkeit ausgegangen.

Ergebnis zum ersten Abschnitt:

1. Die KVK stellt einen Aufrechnungsvorvertrag dar, durch den für den Fall der künftigen Aufrechnung auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit verzichtet wird.
2. Gegen die Zulässigkeit der individualvertraglichen Vereinbarung dieser Klausel bestehen keine Bedenken.

24) BGH a.a.O.; Palandt-Heinrichs, § 387 Anm. 2; Erman-Westermann, Vor § 387 Rz 8; Soergel-R. Schmidt, Vor § 387 Rz 4; RGRK (Weber), Vor § 387 Rz 32; Staudinger-Kaduk, Vor § 387 Rz 79; MK-von Feldmann, § 387 Rz 17; Rasch, S. 216; Pfeiffer - Franken, NJW 1960, 1977; Börner, NJW 1961, 1505; Heinze, NJW 1973, 2185; so im Ergebnis auch Westermann, KVK, S. 9 f.; die von Westermann i.R. des § 138 BGB diskutierten - und als nicht durchgreifend behandelten - Gesichtspunkte werden unten im zweiten Abschnitt erörtert.

Zweiter Abschnitt: Vereinbarung einer KVK in den Allgemeinen
Geschäftsbedingungen des Verkäufers

I. Einführung

Auch bei der KVK muß gesondert untersucht werden, ob sie wirksam über die AGB des Verkäufers in den Warenlieferungsvertrag einbezogen werden kann. Dabei wird auf die Ausführungen im ersten Teil der Arbeit bezüglich der Systematik dieses Gesetzes und des Anwendungsbereichs der einzelnen Vorschriften Bezug genommen ¹⁾.

II. Einbeziehung; § 3 AGBG

Die oben gemachten Ausführungen zum Überraschungscharakter des KEV gelten ebenso für die KVK²⁾; denn da die inhaltliche Angemessenheit der Klausel nicht Gegenstand der Prüfung am Maßstab des § 3 AGBG ist, sondern es auf die - oben näher definierten ³⁾ - Umstände des Vertragsschlusses ankommt, ergeben sich keine Unterschiede: Auch die KVK wird als Sicherung für einen Kredit vereinbart, und es besteht auch dann der erforderliche erkennbare wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Sicherungsmittel, zu sichernder Forderung und Sicherungsbegünstigtem, wenn es sich um einen Konzern im Sinne des § 18 AktG handelt. Auch eine KVK scheitert in diesem Fall nicht an § 3 AGBG, kann also wirksam über Allgemeine Geschäftsbedingungen

¹⁾ Siehe oben Teil I 2. Abschn. II. 1., III. 1. a., III. 2. a., IV. 1.

²⁾ Siehe oben Teil I 2. Abschn. II. 2. c.

³⁾ Siehe oben Teil I 2. Abschn. II. 2. c.

in einen Kaufvertrag einbezogen werden⁴⁾ .

III. Auslegung; §§ 4 und 5 AGBG

1. Vorrang der Individualabrede; § 4 AGBG

In der Vereinbarung einer KVK liegt kein Widerspruch gegen den zugrunde liegenden Individualvertrag.

- Ein direkter Widerspruch besteht nicht: Die KVK stellt lediglich einen Aufrechnungsvorvertrag dar, durch den für den möglichen Fall einer künftigen Aufrechnung auf das Vorliegen des Erfordernisses der Gegenseitigkeit verzichtet wird. Auf diese Weise wird keiner der in dem Kaufvertrag vereinbarten gegenseitigen Pflichten der Parteien direkt widersprochen.
- Die Fallgruppen des mittelbaren Widerspruchs und der Erweiterung des Funktionsbereichs sind aus den oben genannten⁵⁾ systematischen Gründen nicht einschlägig.

2. Unklarheitenregel; § 5 AGBG

Die Auslegung der KVK anhand der oben genannten Kriterien⁶⁾ führt objektiv eindeutig zu dem auch im individualvertraglichen Bereich gefundenen Ergebnis: Bei diesem Rechtsinstitut handelt es sich um einen Aufrechnungsvorvertrag⁷⁾ . Die Auslegungsregel des § 5 AGBG hat daher für die Bewertung einer in den AGB des Konzernunternehmens enthaltenen KVK keine Bedeutung.

4) Anderer Ansicht Westermann, KVK, S. 13, der die namentliche Nennung der einbezogenen Unternehmen fordert; zu diesem Gesichtspunkt siehe unten, Teil II 2. Abschn. IV.

5) Siehe oben Teil I 2. Abschn. III. 1. a. bb.; vgl. dazu auch unten Teil II 2. Abschn. IV. die Ausführungen zur Inhaltskontrolle.

6) Siehe oben Teil I 2. Abschn. III. 2. a.

7) Siehe oben Teil II 1. Abschn. I. 2. b. bb.

IV. Inhaltskontrolle der KVK anhand von § 9 AGBG

Gegen die Vereinbarung einer KVK in den AGB eines Konzernunternehmens werden vor allem Bedenken aus dem Gesichtspunkt einer unangemessenen Benachteiligung geltend gemacht⁸⁾. Diese Ablehnung wird mit einer Reihe verschiedener Argumente zu belegen versucht, die im folgenden untersucht werden.

1. Erweiterung des Funktionsbereichs des Individualvertrages

Trinkner⁹⁾ vertritt die Ansicht, eine KVK überschreite den Funktionsbereich des Individualvertrages und ändere nachhaltig sein Gepräge; sie könne daher nur in einem Individualvertrag vereinbart werden. Die Unzulässigkeit dieser Klausel ergibt sich nach seiner Meinung aus einer Erweiterung sowohl des Gläubigerkreises als auch des konkreten Schuldverhältnisses.

Zwar sieht Trinkner hierin einen Fall des § 4 AGBG. Entsprechend der oben eingenommenen Ausgangsposition muß dieses Argument jedoch im Rahmen des § 9 II Nr. 1 AGBG erörtert werden, denn es handelt sich um ein Problem der Inhaltskontrolle¹⁰⁾.

Dieses Argument könnte nur dann überzeugen, wenn die Vereinbarung einer KVK tatsächlich zu den beschriebenen

8) Wolf-Horn-Lindacher, § 11 Nr. 3 Rz 14; Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 9 Rz 114; § 4 Rz 33 (das dort vorgebrachte Argument des Überschreitens des Funktionsbereichs gehört nach der hier vertretenen Meinung zur Inhaltskontrolle); Schmidt-Salzer, E 25 a.E.; Schütz, DR 1941, 1519; Staudinger-Schlosser, § 11 Nr. 2 AGBG Rz 7; Zweifel an der Angemessenheit meldet auch der BGH an in BGH Z 81, 15.

9) Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 4 Rz 33.

10) So auch BTDrucks. 7/3919, S. 23.

Erweiterungen führte und wenn sich daraus auch eine erhebliche Benachteiligung des Vertragspartners ergäbe.

Eine Erweiterung des Gläubigerkreises wird allerdings nicht bewirkt. Durch die KVK wird zugunsten des Konzernverbundes eine über die gesetzlichen Voraussetzungen hinausgehende Aufrechnungsmöglichkeit geschaffen; dadurch erhält aber kein Konzernunternehmen das Recht, von dem Vertragspartner eine Leistung zu fordern.

Wenn von einer Erweiterung gesprochen werden kann, dann nur im Hinblick auf das Schuldverhältnis zwischen Konzernunternehmen und Vertragspartner; denn durch die KVK erhält der Klauselverwender die Möglichkeit, sich durch Aufrechnung mit Forderungen aus anderen Schuldverhältnissen zu befriedigen. Diese Verbesserung der Rechtsstellung des Konzernverbundes ist für den Vertragspartner auch nachteilig. Seine Forderungen gegen den Konzernverbund werden möglicherweise nicht durch Barzahlung, sondern durch Aufrechnung befriedigt.

Hieraus folgt aber keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners i.S. des § 9 AGBG. Auf der anderen Seite ist nämlich auch das Interesse des Konzernverbundes an der Vereinbarung einer KVK zu berücksichtigen. Dabei muß beachtet werden, daß die erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit der Sicherung von Krediten dient, welche die Konzernunternehmen dem Vertragspartner gewährt haben oder noch gewähren werden. Es widerspricht daher grundsätzlich nicht dem Gebot von Treu und Glauben, wenn der Kreditgeber sich hierfür Sicherheiten ausbedingt. Das wird von der Gegenmeinung übersehen, die allein die Situation des Vertragspartners im Auge hat und diese mit der Situation bei einem Barkauf vergleicht. Im Rahmen der Prüfung anhand von § 9 AGBG geht es aber um die Feststellung eines angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen. Das schließt auch die Interessen des Konzerns ein. Allein aus der Erweiterung des Funktionsbereichs des Individualver-

trages ergibt sich daher keine Unwirksamkeit der KVK gemäß § 9 AGBG¹¹⁾.

2. Unangemessene Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger

Die Angemessenheit der KVK wird weiterhin in Zweifel gezogen unter dem Gesichtspunkt, daß im Konkurs auf diese Weise die Rechtsposition der übrigen Konkursgläubiger unangemessen beeinträchtigt werde¹²⁾. Hierbei handelt es sich allerdings nur um eine Andeutung; unmittelbar im Anschluß daran wird eingeräumt, daß diese Kritik unter Umständen deshalb leerläuft, weil nicht auf die Belange der übrigen möglichen Konkursgläubiger abzustellen sei, sondern lediglich auf diejenigen des den AGB unterworfenen Vertragspartners¹³⁾.

Genau an dieser Stelle liegt auch die Schwäche der Argumentation. Dem Schutz der Konkursgläubiger dient die Konkursordnung; dort finden sich die Vorschriften, die eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung im Konkursfalle sicherstellen sollen¹⁴⁾. Das AGB-Gesetz bezweckt, wie sich aus den Materialien ergibt, den Schutz des Verbrauchers; dieser soll in seinem Vertrauen auf ein Mindestmaß an Redlichkeit im Geschäftsverkehr nicht enttäuscht

11) Zur Frage, inwieweit sich aus der Reichweite der Erweiterung eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergeben kann, siehe unten Teil II 2. Abschn. IV.

12) Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 9 Rz 114; dort wird die Meinung vertreten, hierbei handle es sich um den einzig in Betracht kommenden Gesichtspunkt, der zu einer Unangemessenheit nach § 9 AGBG führen kann.

13) Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 9 Rz 114.

14) Siehe dazu die Ausführungen im dritten Abschnitt II. 1.

werden¹⁵⁾. Dieser Gedanke - der auf der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den AGB-Verwender basiert - schließt aber eine Anwendung der Vorschriften des AGB-Gesetzes dann aus, wenn ein Nachteil nur Dritten entstehen kann, die mit dem Kaufvertrag selbst nichts zu tun haben. Die Rechtslage kann insoweit nicht unterschiedlich danach beurteilt werden, ob die KVK in einem Individualvertrag vereinbart, oder ob sie über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers Vertragsbestandteil wurde¹⁶⁾.

Die mögliche unangemessene Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger im Falle des Käuferkonkurses kann demnach nicht zur Unwirksamkeit einer KVK gem. § 9 ABGB führen.

3. Fehlende Benennung der begünstigten Konzernangehörigen

Unter Berufung auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁷⁾ wird gegen die Zulässigkeit der KVK weiter eingewandt, sie benachteilige vor allem kleinere und mittlere Unternehmen und scheitere zumindest dann an § 9 ABGB, wenn die zum Konzern gehörenden Firmen nicht einzeln aufgeführt sind¹⁸⁾.

Abgesehen davon, daß die in Bezug genommene Entscheidung ihre Bedenken hauptsächlich auf einen anderen Gesichtspunkt stützt¹⁹⁾, enthält die eben dargestellte Argumentation eine systematische Schwäche. Im Rahmen der Inhaltskontrolle

¹⁵⁾ MK-Kötz, § 3 ABGB Rz 4 unter 3 a).

¹⁶⁾ Siehe dazu bereits oben Teil I 2. Abschn. IV. 1.

¹⁷⁾ BGH Z 81, 15.

¹⁸⁾ Ulmer-Brandner-Hensen, § 11 Nr. 3 Rz 12.

¹⁹⁾ BGH Z 81, 15; dort wird die wirtschaftliche Benachteiligung des Kunden für entscheidend gehalten.

ist es unerheblich, ob eine KVK allgemein die Forderungen der Konzernangehörigen einbezieht, oder ob diese gesondert aufgeführt werden. Die inhaltliche Reichweite der Klausel bleibt dadurch unberührt. Entscheidend ist allein das Bestehen einer erweiterten Aufrechnungsmöglichkeit. Die Interessen des Vertragspartners werden durch die Aufzählung der Konzernunternehmen nicht besser gewahrt; denn wenn der AGB-Verwender von einer in den Vertrag wirksam einbezogenen Klausel Gebrauch macht, ist nur die Feststellung von Bedeutung, ob die Aufrechnung durch die KVK gedeckt wird, d.h. ob es sich um eine Forderung handelt, auf die der Aufrechnungsvorvertrag abstellt. Diese Feststellung kann aber auch getroffen werden, wenn es sich um einen Konzern im Sinne des § 18 AktG handelt.

Bei der Beurteilung der inhaltlichen Angemessenheit der vom AGB-Verwender vorgenommenen Interessenabwägung ist daher ohne Bedeutung, ob die einzelnen Konzernmitglieder gesondert aufgeführt sind.

4. Wirtschaftliche Benachteiligung des Vertragspartners

Das Hauptbedenken gegen die inhaltliche Angemessenheit einer KVK besteht darin, daß ihre Vereinbarung zu einer wirtschaftlichen Benachteiligung des Vertragspartners führt ²⁰⁾ : Dieser sei daran gehindert, seine Forderungen gegen die Konzernunternehmen abzutreten oder zu beleihen. Darauf seien aber gerade kleinere und mittlere Unternehmen angewiesen, vornehmlich um ihre eigenen Aufträge zu finanzieren ²¹⁾.

Hierbei handelt es sich um ein Argument, welches schon

20) Vgl. BGH Z 81, 15.

21) BGH Z 81, 15.

sehr früh gegen die KVK benutzt wurde²²⁾, bereits lange vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes. Nach Erlaß dieses Gesetzes - welches ja dem Schutz des Vertragspartners dienen soll - hat es an Bedeutung noch gewonnen. Das läßt sich auch an der Entwicklung der Rechtsprechung erkennen. Während der Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 1966²³⁾ noch nicht glaubte, auf die Wirksamkeit der KVK eingehen zu müssen, sah er sich in einem Urteil aus dem Jahre 1981 veranlaßt, die Wirksamkeitsproblematik aufzuzeigen²⁴⁾ und seinen Bedenken gegen die inhaltliche Angemessenheit dieser Klausel Ausdruck zu verleihen - ohne hierzu allerdings abschließend Stellung zu beziehen. Hierin zeigt sich die wachsende Skepsis gegenüber diesem Rechtsinstitut.

Der Ausgangspunkt der zu erörternden Bedenken ist die wirtschaftliche Benachteiligung des Kunden. Diese ergibt sich daraus, daß er aufgrund des Aufrechnungsvorvertrages seine ihm gegen die Konzernunternehmen zustehenden Forderungen nicht uneingeschränkt abtreten oder beleihen kann. Falls von der KVK seitens des AGB-Verwenders Gebrauch gemacht wird, wirkt diese Aufrechnung - was für den Fall einer vorherigen Abtretung von Bedeutung ist - gem. § 406 BGB auch gegenüber dem neuen Gläubiger; im Falle einer Beleihung fiele die Beleihungsgrundlage fort. Wenn der Vertragspartner des AGB-Verwenders daher die Vereinbarung einer KVK hinnimmt, wird er die davon betroffenen Forderungen kaum mehr zur Finanzierung verwenden können. Diese Feststellung gilt für beide Varianten der KVK. Bei einer KVK in Einkaufsbedingungen ist allerdings nur die Kaufpreisforderung des AGB-Unterworfenen gegen den Verwender betroffen, während es bei der anderen Variante

22) Schütz, DR 1941, 1519.

23) BGH NJW 1966, 923.

24) BGH Z 81, 15.

sämtliche Forderungen des Käufers gegen die Konzernangehörigen des Warenlieferanten sind. Der Grund hierfür liegt darin, daß in dem Aufrechnungsvorvertrag noch nicht festgelegt ist, welche Forderung konkret zur Aufrechnung herangezogen werden soll.

Dem steht auf der anderen Seite das Interesse des Konzernverbundes gegenüber, sich Sicherheiten für diejenigen Leistungen an den Vertragspartner einräumen zu lassen, für die eine Gegenleistung nicht unmittelbar erbracht wurde²⁵⁾. Es muß nun geprüft werden, ob zwischen den dargestellten Interessen durch die Vereinbarung einer KVK ein angemessener Ausgleich vorgenommen wird.

Dabei ist zunächst hervorzuheben, daß die KVK nicht zu einer Übersicherung des Konzernverbundes führen kann; denn die KVK greift nur ein, soweit sich Forderungen und Schulden in gleicher Höhe gegenüberstehen²⁶⁾.

Ebensowenig kann von einer Knebelung des Vertragspartners gesprochen werden. Voraussetzung wäre nämlich, daß das Gesamtvermögen oder wesentliche Teile davon durch die KVK reserviert würden. Das geschieht durch die Vereinbarung dieses Sicherungsinstituts aber regelmäßig nicht; vielmehr ist davon auszugehen, daß kein wesentlicher Teil des Forderungsbestandes des Vertragspartners erfaßt wird²⁷⁾.

Auch von einer unzulässigen Gefährdung der übrigen Gläubiger ist nicht auszugehen. Eine Gefährdung ist praktisch nur möglich, wenn der Vertragspartner seine geschäftlichen Aktivitäten überwiegend auf die Unternehmen desselben Konzernverbundes konzentriert. Dann ist aber gerade nicht

25) Dieses Ziel wird sowohl durch die Vereinbarung einer KVK in Einkaufsbedingungen als auch in Verkaufsbedingungen verfolgt, vgl. oben, Teil II 1. Abschn. unter I.

26) Vgl. Westermann, KVK, S. 9.

27) So auch Westermann, KVK, S. 9 f. unter Hinweis auf Rehbinder, S. 416.

ersichtlich, warum es notwendig ist, daß er einen bedeutenden Teil seines Forderungsbestandes für die Befriedigung von Gläubigern außerhalb des Konzernverbundes vorbehalten soll²⁸⁾.

Weiterhin ist zu beachten, daß das Sicherungsziel des Konzernverbundes auch auf dem Wege einer Abtretung zugunsten des Konzernunternehmens erreicht werden könnte, welches dem Vertragspartner etwas schuldig ist. Hieran kann der AGB-Unterwerfene - sofern er hinsichtlich der gegen ihn gerichteten Forderungen kein Abtretungsverbot vereinbart hat - nichts ändern. Es ist daher zweifelhaft, ob sein gegen die Vereinbarung einer KVK gerichtetes Interesse als vorrangig zu betrachten ist; denn im Ergebnis könnte er eine Aufrechnung durch ein Konzernunternehmen doch nicht verhindern²⁹⁾.

Darüberhinaus ist nicht erkennbar, weshalb der Vertragspartner durch die Vereinbarung einer KVK stärker belastet sein soll als durch einen verlängerten Eigentumsvorbehalt - der unbestrittenermaßen in AGB grundsätzlich ausbedungen werden kann³⁰⁾. Das gilt vor allem, weil der Kreditnehmer ja den wirtschaftlichen Gegenwert für seine Leistungen in vollem Umfang erhält. In diesem Zusammenhang muß außerdem bedacht werden, daß kein überzeugender Grund ersichtlich ist, einen Konzern schlechter zu stellen als ein Großunternehmen mit mehreren rechtlich unselbständigen Abteilungen³¹⁾. Bei einem solchen Großunternehmen ist nicht zweifelhaft, daß zu einer beabsichtigten Auf-

28) Vgl. Westermann, KVK, S. 10 unter Hinweis auf BGH Z 19, 12, 18.

29) Vgl. Westermann, KVK, S. 11.

30) Siehe dazu Ulmer-Brandner-Hensen, Anhang zu §§ 9-11, Rz 656; Wolf-Horn-Lindacher, § 9 Anm. E 42, 44.

31) Vgl. dazu den ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 310 unter 3.2.4.

rechnung die Forderungen sämtlicher Abteilungen herangezogen werden können.

Schließlich ist der Umfang des Eingriffs in die Interessen des Vertragspartners zu berücksichtigen. Für eine KVK in Einkaufsbedingungen gilt insoweit, daß hierdurch lediglich die konkrete Kaufpreisforderung betroffen ist; die übrigen Forderungen des Verkäufers gegen den Konzernverbund - deren Gesamtwert regelmäßig wesentlich höher sein wird - werden nicht in den Verrechnungskreis einbezogen. Bei einer KVK in Verkaufsbedingungen gilt das zwar nicht: hierdurch werden sämtliche Forderungen des Käufers gegen Unternehmen aus dem Konzernverbund erfaßt. Dafür hat er aber die Möglichkeit, die mit der Vereinbarung der KVK verbundenen Nachteile auszugleichen: er kann die kreditierte Kaufpreisforderung tilgen. Damit entfällt die Möglichkeit einer späteren Aufrechnung. Die finanziellen Mittel hierzu kann sich der Käufer u.a. eben durch Abtretung oder Beleihung seiner eigenen Forderungen beschaffen.

Aus den dargestellten Erwägungen ergibt sich, daß die Vereinbarung einer KVK in den AGB eines konzernangehörigen Unternehmens keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners bedeutet und von daher nicht gegen § 9 AGBG verstößt³²⁾.

Ergebnis zum zweiten Abschnitt:

Eine KVK scheitert in keiner Hinsicht am Prüfungsmaßstab des AGB-Gesetzes.

³²⁾ So im Ergebnis auch Joussen, ZIP 1982, 280 f.; ähnlich auch Westermann, KVK, S. 10 - 13, der allerdings die Einschränkung macht, daß die einzelnen Konzernunternehmen genau bezeichnet werden müssen.

Dritter Abschnitt: Auswirkungen der Vereinbarung einer KVK im Konkurs des Vertragspartners

I. Rechtsprechung und Literatur

Der KVK wird von der Rechtsprechung¹⁾ und Teilen der Literatur²⁾ die konkursrechtliche Wirksamkeit aberkannt. Das soll sich aus der analogen Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO ergeben. Diese Vorschrift enthalte zum Schutz der Konkursgläubiger zwingendes Recht. Verhindert werden soll dadurch, daß gegen Forderungen des Gemeinschuldners solche Forderungen aufgerechnet werden können, die nach Konkurseröffnung oder innerhalb von sechs Monaten vor Konkurseröffnung in Kenntnis der Zahlungseinstellung erworben worden sind. Insoweit soll eine Aufrechnungsmöglichkeit auch bereits vor Konkurseröffnung zu Lasten der Konkursmasse ausgeschlossen werden. Das Ziel liegt darin, den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung durchzusetzen³⁾. Diesem Ziel widerspreche aber die Vereinbarung einer KVK; denn hierdurch solle ja gerade eine Aufrechnungsmöglichkeit auch noch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Aufrechnungsgegners geschaffen werden. Dies geschehe zwar nicht durch Abtretung einer Gegenforderung an den Warenlieferanten; jedoch solle die Möglichkeit der Aufrechnung mit solchen Forderungen geschaffen werden, mit denen gem. § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO nicht aufgerechnet werden könnte, wenn sie im Zeitpunkt der Aufrechnung abgetreten worden wären.

1) BGH Z 81, 15.

2) Z.B. Pfeiffer - Franken, NJW 1960, 1978; Erman-H. P. Westermann, Vor § 387 Rz 8.

3) Vgl. dazu Häsemeyer, KTS 1982, 507 ff.

Eine analoge Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO rechtfertige sich in diesem Falle deshalb, weil die Entscheidung darüber, gegen welche Forderungen aufgerechnet werden soll, erst nach der Konkurseröffnung oder in der kritischen Zeit vorher falle. Auf diese Weise werde die Konkursmasse zu einem Zeitpunkt geschmälert, in welchem eine Aufrechnung nicht mehr zulässig wäre. Deshalb ist es nach der Meinung des BGH unbeachtlich, wann der Aufrechnungsvorvertrag geschlossen worden ist, solange die Gegenforderung noch nicht verbindlich bestimmt wurde.

In der Literatur werden vor allem von Pfeiffer - Franken⁴⁾ Bedenken gegen die KVK geltend gemacht. Diese Autoren nehmen die Behauptung zum Ausgangspunkt ihrer Ansicht, daß aus § 55 KO der Ausschluß der Aufrechnungsmöglichkeit abgeleitet werden kann für alle die Fälle, in denen nach Eröffnung des Konkursverfahrens die Masse geschmälert wird⁵⁾. Das sei aber gerade die Folge, wenn von der KVK Gebrauch gemacht wird, so daß diesem Rechtsinstitut die rechtliche Wirksamkeit im Konkurs abzuerkennen sei.

Weniger ausführlich begründet, aber im Ergebnis gleich, wird diese Meinung auch von H. P. Westermann vertreten⁶⁾.

Es gibt aber in der Literatur auch Stimmen, welche die Rechtswirksamkeit der KVK im Konkursverfahren bejahen⁷⁾. Aus der Zeit vor Erlaß des soeben besprochenen

4) Pfeiffer - Franken, NJW 1960, 1978.

5) Pfeiffer - Franken, a.a.O. m.w.N. in Fn. 12.

6) Erman-H.P. Westermann, Vor § 387 Rz 8.

7) Vgl. dazu Brych, der in der KVK einen rechtsgültigen Skontrationsvertrag sieht, S. 94 ff.

BGH-Urteils ist dabei in erster Linie der Aufsatz von Börner zu nennen ⁸⁾. Dieser faßt den § 55 S. 1 KO in seinen Nummern 2 und 3 als eine Bestimmung auf, durch welche solche Aufrechnungsmöglichkeiten nicht betroffen werden, die bereits vor der Beschlagnahme des Vermögens des Gemeinschuldners bzw. vor der Kenntnis des Aufrechnenden von der Zahlungseinstellung bestanden; denn in diesen Fällen sei davon auszugehen, daß die Aufrechnungsmöglichkeit ohne Spekulationsabsicht geschaffen wurde ⁹⁾. Börner - der die KVK in Einkaufsbedingungen behandelt - vergleicht diese Wirkung mit jener der §§ 406 und 392 BGB, da in beiden Fällen der Schuldner im Hinblick auf eine Aufrechnungsmöglichkeit vielleicht Dispositionen getroffen habe. Er folgert daraus, daß der Schuldner unter den Voraussetzungen der §§ 53 ff. KO, ungeachtet des in § 14 KO ausgesprochenen Verbots von Sonderzugriffen, die Aufrechnung durchführen könne.

Dieses Ergebnis müsse auch für eine vertragliche Aufrechnung gelten ¹⁰⁾; aufgrund der Gleichheit der Interessenlage verdienten die Dispositionen des Schuldners im Hinblick auf einen Aufrechnungsvertrag den gleichen Schutz wie solche, die aufgrund einer gesetzlichen Aufrechnungsmöglichkeit getroffen wurden ¹¹⁾. Unbeachtlich sei in diesem Zusammenhang, daß die Aufrechnung mit den Forderungen

8) Börner, NJW 1961, 1508.

9) Herling, S. 34.

10) Aus dieser Bezeichnung kann man schließen, daß Börner sich auf beide Möglichkeiten der Vereinbarung einer KVK bezieht.

11) Vgl. dazu auch Lent in: Jaeger, § 55 Anm. 2 a. E.

eines Dritten nicht bereits kraft Gesetzes, sondern aufgrund eines Aufrechnungsvertrages und der Zustimmung des Dritten möglich sei; denn auch die gesetzliche Aufrechnungsmöglichkeit beruhe regelmäßig auf einem Rechtsgeschäft, der Begründung der Gegenforderung durch Vertrag mit dem Gläubiger nämlich, oder der Zession von einem Dritten. Diese Beurteilung werde unterstützt durch die der Aufrechnung vergleichbare Behandlung der Absonderungsrechte, welche überwiegend rechtsgeschäftlich begründet würden.

Im Ergebnis spricht sich Börner also dafür aus, den § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO auf den Aufrechnungsvorvertrag entsprechend anzuwenden und dabei wie bei den §§ 406 und 392 BGB an die Stelle des Erwerbes der Gegenforderung den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses treten zu lassen. Für die KVK hätte dies zur Folge, daß von ihr unbedingt Gebrauch gemacht werden könnte, solange nur ihre Vereinbarung vor Konkurseröffnung bzw. innerhalb von sechs Monaten vor diesem Zeitpunkt ohne Kenntnis der Zahlungseinstellung zustande kam.

In der Zeit nach Erlaß des oben dargestellten BGH-Urteils hat sich vor allem Joussen¹²⁾ darum bemüht, die konkursrechtliche Wirksamkeit der KVK nachzuweisen. Nachdem er zunächst darlegt, aus welchen Gründen nach seiner Ansicht die KVK mit dem AGB-Gesetz vereinbar ist, befaßt er sich ausführlich mit der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 55 KO auf die KVK. Joussen skizziert dabei als Ausgangspunkt die Reichweite des § 55 KO als Gläubigerschutzvorschrift. Dieser Normzweck, den der BGH in seiner

12) Joussen, ZIP 1982, 279 ff.

Entscheidung als maßgeblich herausstellt, wird von dem Gericht nach Auffassung Joussens überbewertet. Er versucht, dies durch eine Reihe von Beispielen zu belegen, welche zeigen sollen, daß die konsequente Anwendung des BGH-Maßstabes zur Unwirksamkeit einer Reihe anderer Absprachen zwischen den Parteien vor Konkurseröffnung führen müsse. Genannt wird dabei zunächst die Bestellung besitzloser Mobiliarsicherheiten für das Konkursverfahren, welche ebenfalls gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verstoße, ohne daß ihre Rechtswirksamkeit de lege lata bezweifelt werde. Als zweites Beispiel führt Joussen die nach herrschender Meinung bestehende Möglichkeit an, das Wahlrecht des Konkursverwalters gem. § 17 KO durch vertragliche Absprache zwischen dem späteren Gemeinschuldner und seinem Vertragspartner abzubedingen. Auch hierin liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, da § 17 KO der Konkursmasse und damit allen Konkursgläubigern zugute komme, indem diese Vorschrift dem Konkursverwalter die Möglichkeit gibt, Geschäfte, die für die Masse nachteilig sind, abzulehnen, bei vorteilhaften Geschäften hingegen die Erfüllung zu verlangen¹³⁾. Joussen verweist zudem darauf, daß sich in den VOB, Teil B (§ 8 Nr. 2), ausdrücklich eine solche Bestimmung befinde.

Im Anschluß an diese Ausführungen legt Joussen dar, warum die Vereinbarung einer KVK auch kein Umgehungsgeschäft darstelle, welches gem. § 134 BGB nichtig wäre. Der Grund für diese Beurteilung liege darin, daß § 55 KO keine

13) Joussen, a.a.O., S. 282, hält diese Möglichkeit zumindest dann für gegeben, wenn dem Vertragspartner durch ein Festhalten an dem Vertrag im Konkurs unzumutbare Nachteile entstünden; vgl. hierzu Hencke in: Jaeger, § 17 Rz 214.

über den Voraussetzungskatalog der Nr. 1 - 3 hinausgehende Regelung enthalte, die es verbiete, vor Zahlungseinstellung und außerhalb des Konkurses wirksam geschaffene Aufrechnungsmöglichkeiten nach Konkurs zu verhindern. § 55 KO richte sich nach seiner Meinung nicht gegen die Verwirklichung eines bestimmten Erfolges überhaupt, sondern nur gegen bestimmte besonders aufgeführte Gestaltungsformen.

Nach Meinung von Joussen ist für eine analoge Anwendung des § 55 KO auf die KVK auch bereits deshalb kein Raum, weil die Konkursordnung in den §§ 29 ff. ausdrücklich die Anfechtung von Rechtshandlungen ermöglicht, welche vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind. Insofern schade man der Rechtssicherheit, wenn die analoge Anwendung des § 55 KO in diesen Bereich eingreife.

Schließlich verweist Joussen darauf, daß das vom BGH erstrebte Ziel der Verbesserung der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Rahmen des zur Zeit geltenden Insolvenzrechts ohnehin nicht zu erreichen sei. Der Höhe nach sei die durch die KVK ermöglichte vorzugsweise Befriedigung so unbedeutend, daß ihr Verbleib im Vermögen des Gemeinschuldners nicht zur Verbesserung der Stellung der einfachen Konkursgläubiger führe, sondern den Massegläubigern und allenfalls noch den Gläubigern aus den bevorrechtigten Rangstufen des § 61 KO zugute komme. Daß zu der letztgenannten Gruppe gem. § 61 I Nr. 2 KO auch der Fiskus gehört, hält Joussen für den möglichen rechtspolitischen Hintergrund der BGH-Entscheidung.

Schließlich hat sich neuerdings H. P. Westermann in einem längeren Beitrag mit der konkursrechtlichen Wirksamkeit einer KVK befaßt^{13a)}. Ebenso wie Joussen vertritt er die

^{13a)} H. P. Westermann, KVK, S. 13 - 19.

Auffassung, daß dieses Rechtsinstitut im Konkurs in vollem Umfang wirksam sei und insbesondere nicht an einer analogen Anwendung des § 55 KO scheitere. Dieses Ergebnis folge daraus, daß der Aufrechnungsvertrag seine Wirkung schon im Zeitpunkt der Schaffung der Aufrechnungsmöglichkeit entfalte und nicht erst nach der Zahlungseinstellung oder dem Beginn der Krise. Darüber hinaus habe der BGH den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger überbewertet und trotz der rechtskonstruktiv erheblichen Unterschiede eine Änderung der materiellen Voraussetzungen der Aufrechnung wie einen Forderungserwerb durch Abtretung behandelt. Diese ungerechtfertigte Analogie sei umso weniger zu befürworten, als praktikable Ersatzlösungen nicht zur Verfügung stünden.

II. Stellungnahme

Nach der Darstellung der im Schrifttum und in der Rechtsprechung vorgebrachten Argumente zur Konkursfestigkeit der KVK soll die eigene Stellungnahme erfolgen. Dabei sollen die Probleme der Aufrechnungsverbote des § 55 KO und die Möglichkeit einer Anfechtung gem. §§ 30, 31 KO behandelt werden¹⁴⁾.

1. Konkursrechtliche Unwirksamkeit der KVK entsprechend § 55 KO

Die konkursrechtliche Wirksamkeit einer KVK kann an § 55 KO scheitern. Eine direkte Anwendung scheidet nach dem Wortlaut aller drei in § 55 S. 1 KO geregelten Fälle aus. Die entsprechende Anwendbarkeit ist dann zu bejahen, wenn bezüglich der KVK eine Regelungslücke existiert, welche aufgrund der Gleichheit der Interessenlage durch

14) Zu dem Verhältnis dieser beiden Problemkreise zueinander vgl. BGH NJW 1972, 633.

die Regelung des § 55 KO zu schließen ist. Das hinwiederum hängt entscheidend ab von einer Analyse des Regelungsgehalts des § 55 KO und dem anschließenden Vergleich mit dem Inhalt und der rechtlichen Konstruktion einer KVK¹⁵⁾.

a. Regelungsgehalt des § 55 KO

§ 55 KO enthält zum Schutz der Konkursgläubiger zwingendes Recht¹⁶⁾. Demnach ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die ein künftiger Gemeinschuldner vor dem Konkurs zugunsten einzelner Gläubiger entgegen § 55 KO die Aufrechnung bewilligt¹⁷⁾. Dieses Verbot ist im einzelnen wie folgt ausgestaltet:

- In § 55 S. 1 Nr. 1 KO wird eine Aufrechnung im Konkursverfahren dann für unzulässig erklärt, wenn jemand eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach Konkurseröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist. Unerheblich ist dabei, wann die Forderung gegen den künftigen Gemeinschuldner erworben worden ist. Zunächst muß also der Aufrechnende eine Forderung besessen haben und erst später etwas zur Masse schuldig geworden sein.
- § 55 S. 1 Nr. 2 untersagt die Aufrechnung durch eine Person, welche vor Eröffnung des Konkursverfahrens dem künftigen Gemeinschuldner etwas schuldig war und erst nach diesem Zeitpunkt gegen den Gemeinschuldner eine Forderung erworben hat; das gilt auch dann, wenn die Forderung gegen den Gemeinschuldner schon vor Konkurseröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war. In diesem Fall muß demnach zunächst eine Forderung des künftigen Gemeinschuldners bestanden haben; diese

15) Siehe dazu bereits oben Teil II 1. Abschn. I. 2. b. bb.

16) BGH Z 81, 15, 18.

17) BGH a.a.O.; Lent in: Jaeger, § 55 Rz 2; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 55 Rz 4; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 55 Anm. 1.

ist nicht mehr aufrechenbar mit solchen Forderungen, die der vormalige Schuldner nach Konkurseröffnung erwirbt.

- § 55 S. 1 Nr. 3 KO schließlich erklärt eine Aufrechnung im Konkursverfahren dann für unzulässig, wenn jemand vor Konkurseröffnung dem künftigen Gemeinschuldner etwas schuldig war und nach Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag in Kenntnis dieser Ereignisse eine Gegenforderung erworben hat. Dadurch wird die Regelung in der Nr. 2 auf den Erwerb von Forderungen in der kritischen Zeit ausgedehnt. Auch in diesem Fall muß aber zunächst eine Forderung des künftigen Gemeinschuldners gegen den Aufrechnungswilligen bestanden haben.

b. Vergleich mit der rechtlichen Struktur einer KVK

Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der beiden Varianten der KVK muß im folgenden eine getrennte Untersuchung vorgenommen werden. Dabei sei nochmals darauf hingewiesen, daß der vom BGH entschiedene Fall¹⁸⁾ eine KVK in Einkaufsbedingungen betraf.

aa. KVK in Einkaufsbedingungen

Hinsichtlich einer solchen KVK in Einkaufsbedingungen ist der Auffassung des BGH zu folgen: im Konkurs scheitert sie an einer analogen Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO. Zwar werden dem konzernangehörigen Käufer im kritischen Zeitraum die Forderungen seiner Schwesterunternehmen nicht abgetreten; der Käufer wird daher niemals Inhaber der Gegenforderung. Der rechtliche Erfolg

18) BGH Z 81, 15.

ist aber der gleiche; denn bis zu der Aufrechnungserklärung hätte auch noch der Gläubiger der Forderung diese gegen den Vertragspartner geltend machen können. Es steht also im Zeitpunkt der Vereinbarung einer KVK in Einkaufsbedingungen in keiner Weise fest, wessen Forderung gegen den künftigen Gemeinschuldner durch die Aufrechnung befriedigt werden wird. Die entsprechende Bestimmung obliegt ausschließlich dem Konzernverbund und wird durch die Aufrechnungserklärung zu einem Zeitpunkt getroffen, zu dem eine Abtretung an den Käufer keine Aufrechnungsmöglichkeit mehr geschaffen hätte. Hierdurch würde genau die Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger erreicht, die durch die zwingende Vorschrift des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO verhindert werden soll: nach Verfahrens-eröffnung könnten durch Manipulation noch Befriedigungsmöglichkeiten geschaffen werden¹⁹⁾.

Die gegen diese Lösung vorgebrachten Argumente vermögen an der Bewertung nichts zu ändern. Zwar bestehen rechtskonstruktive Unterschiede zwischen einer KVK in Einkaufsbedingungen und einer Abtretung²⁰⁾; die Gleichheit der Interessenlage und der Schutzzweck des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO gebieten jedoch gerade deshalb eine rechts-ähnliche Anwendung der genannten Vorschriften.

Die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses wird auch nicht deshalb in Zweifel gezogen, weil keine praktikablen Ersatzlösungen bereit stehen²¹⁾. Es ist nämlich nicht ersichtlich, daß solche Lösungen überhaupt gefunden werden müssen; im Gegenteil: Der durch eine KVK in Einkaufsbedingungen bezweckte Erfolg soll gerade im Konkurs nicht erreicht werden können. Das folgt aus der rechtlichen Wertung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO und soll gerade

19) Vgl. zu dem Schutzzweck des § 55 KO insoweit Westermann, KVK, S. 14.

20) Westermann, KVK, S. 14 f.

21) Westermann, KVK, S. 15 f.

nicht umgangen werden können.

bb. KVK in Verkaufsbedingungen

Die KVK in Verkaufsbedingungen ist von den Regelungen in den Nummern 2 und 3 des § 55 S. 1 KO so verschieden, daß sich eine analoge Anwendung verbietet; denn diese Variante der KVK wird vereinbart anläßlich der Warenlieferung an den künftigen Gemeinschuldner; die im Zeitpunkt der Vereinbarung der KVK bereits als sicher in die mögliche zukünftige Aufrechnung einbezogene Forderung ist also eine solche des Aufrechnungsberechtigten gegen den künftigen Gemeinschuldner. Die Nr. 2 und 3 des § 55 S. 1 KO hingegen behandeln genau den entgegengesetzten Fall, daß der Aufrechnende der ursprüngliche Schuldner war und mit einer später erworbenen Forderung aufrechnen möchte.

In Betracht kommt vielmehr eine analoge Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 1 KO²²⁾. Hierbei handelt es sich um den einzigen Fall, in dem die Möglichkeit der Aufrechnung gegen eine vor Konkurseröffnung entstandene Forderung gegen den künftigen Gemeinschuldner behandelt wird.

Dem Wortlaut nach paßt diese Vorschrift nicht auf die Vereinbarung einer KVK durch den Warenlieferanten; denn bei der in die Aufrechnungserklärung einbezogenen Forderung handelt es sich nicht um eine nach Konkurseröffnung entstandene Masseforderung gegen den Aufrechnenden, sondern um eine vor Konkurseröffnung entstandene Forderung gegen ein mit dem Konzern des Warenlieferanten verbundenes

22) Zum Regelungsgehalt siehe oben Teil II 3. Abschn. II. 1. a.

Unternehmen²³⁾ .

Es könnte aber eine analoge Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 1 KO geboten sein. Das erscheint insofern möglich, als durch das Gebrauchmachen des Warenlieferanten von der KVK die Konkursmasse im Wege der Aufrechnung geschmälert wird; denn die Forderung gegen das konzernangehörige Unternehmen erlischt in voller Höhe, während ohne die Aufrechnung die Forderung des Warenlieferanten nur in Höhe der Konkursquote hätte befriedigt werden müssen. In Höhe der Differenz ist die Masse daher vermindert worden. Dieses Ergebnis widerspricht aber dem Schutzzweck des § 55 KO²⁴⁾ , der ja eine möglichst gleichmäßige Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger gewährleisten soll. Bei dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger²⁵⁾ handelt es sich um ein die Konkursordnung beherrschendes Prinzip, welches wesentlich dazu beitragen soll, in einem geordneten, gerichtlich kontrollierten Verfahren das Vermögen des Gemeinschuldners zu verteilen²⁶⁾ . Verhindert werden soll dabei das bellum omnium contra omnes²⁷⁾ .

Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz der par conditio creditorum allein vermag jedoch die Unwirksamkeit eines Sicherungsinstituts nicht zu begründen. Denn auch in der Konkursordnung selbst finden sich Durchbrechungen dieses Prinzips. Erinnert sei dabei nur an das Aussonde-

23) Die KVK erfaßt zwar auch alle künftig entstehenden Forderungen; nach Konkurseröffnung aber kann der Gemeinschuldner keine Forderungen mehr gegen irgendwelche Konzernunternehmen erwerben. Es ist also nur eine Aufrechnung gegen vor Konkurseröffnung entstandene Forderungen möglich.

24) Siehe oben Teil II 3. Abschn. II. 1. a.

25) Vgl. dazu Häsemeyer, KTS 1982, 507 ff.

26) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, Vorbemerkung Rz 5.

27) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, Vorbemerkung Rz 5.

rungsrecht und das Recht auf abgesonderte Befriedigung. Die große Anzahl dieser und ähnlicher Vorrechte und deren gleichzeitig extensive Auslegung durch die Rechtsprechung haben sogar dazu geführt, in dem Gleichbehandlungsgrundsatz ein allgemeines Postulat zu sehen²⁸⁾, welches weitgehend nur noch auf dem Papier steht²⁹⁾. Hinzu kommt, daß auch die Konkursordnung eine Aufrechnung im Konkurs nicht grundsätzlich für unzulässig erklärt, wie sich aus § 53 KO ergibt. Für betagte, bedingte und ungleichartige Forderungen schafft dieses Gesetz gegenüber dem sonstigen Zivilrecht sogar erweiterte Aufrechnungsbefugnisse. Eine Schmälerung der Konkursmasse durch eine Aufrechnung allein bedingt daher nicht notwendig die analoge Anwendung von § 55 KO³⁰⁾. Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung der betroffenen Interessen und deren Ausgleich entsprechend der Wertung des § 55 KO. Dabei sind die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

(1) Kein Entstehen der Gegenforderung nach Konkurseröffnung

Gegen eine analoge Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 1 KO

28) Häsemeyer, KTS 1982, 509.

29) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, Vorbemerkung Rz 5.

30) Vgl. dazu auch die Materialien zur Konkursordnung, S. 226, in denen ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die "Idee, als ob im Konkurse soweit möglich zugunsten der Masse entschieden, und das Recht Dritter auf alle Weise beschränkt werden müßte" als "durchaus unrichtig" bezeichnet wird.

auf eine KVK in Verkaufsbedingungen spricht dabei zunächst die Tatsache, daß die Gegenforderung bereits vor Konkursöffnung entstanden ist. Hierin liegt ein struktureller Unterschied zu § 55 S. 1 Nr. 1 KO, der Gegenforderungen erfaßt, welche zugunsten der Masse nach diesem Zeitpunkt entstehen. Diese Vorschrift erfaßt demnach nicht solche Fälle, in denen bereits vor Konkurseröffnung eine Aufrechnungslage bestand. Das wurde auch vom Bundesgerichtshof in mehreren Urteilen als entscheidend für die Beantwortung der Frage angesehen, ob § 55 S. 1 Nr. 1 KO anwendbar ist ³¹⁾. Der hier zu untersuchenden Variante der KVK stünde von daher kein Aufrechnungsverbot entgegen.

(2) Analogie zur Wirkung der Aufrechnungserklärung

Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn die in der Aufrechnungserklärung liegende Bestimmung der zur Aufrechnung zu bringenden Gegenforderung mit dem durch § 55 S. 1 Nr. 1 KO erfaßten Entstehen einer solchen Forderung vergleichbar wäre. In dem von ihm entschiedenen Fall meinte der Bundesgerichtshof, für die Anwendbarkeit des § 55 KO komme es nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Aufrechnungsermächtigung erteilt werde, sondern auf die Aufrechnungserklärung ³²⁾; denn vorher stehe noch

31) So z.B. BGH NJW 1971, 1270 f.; NJW 1978, 699 f.: dort läßt das Gericht die Aufrechnung selbst dann zu, wenn eine vom Gemeinschuldner vor Konkursöffnung abgetretene Forderung nach diesem Zeitpunkt auf den Konkursverwalter zurückübertragen wird, sofern in der Zwischenzeit gegen den Zessionar gem. § 406 BGB hätte aufgerechnet werden können; vgl. auch OVG Münster, NJW 1980, 1068; LG Hannover, NJW 1977, 2079 f.

32) BGH Z 81, 15.

nicht fest, welcher Gläubiger von der KVK Gebrauch machen werde. Auf unseren Fall übertragen, lautete die Fragestellung demnach, ob § 55 S.1 Nr.1 KO analog anwendbar ist, weil das Entstehen einer Masseforderung nach Konkurseröffnung und die Bestimmung der zur Aufrechnung zu bringenden Gegenforderung nach diesem Zeitpunkt die gleiche konkursrechtliche Behandlung verdienen.

Als Argument für eine analoge Anwendung ist dabei die Tatsache zu nennen, daß auch im vorliegenden Falle erst nach Konkurseröffnung bestimmt wird, welcher der zum Verkäuferkonzern gehörenden Unternehmen von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Dies allein reicht jedoch nicht aus. Es bestehen vielmehr so große strukturelle Unterschiede zwischen einer KVK in Verkaufsbedingungen und dem von § 55 S. 1 Nr. 1 KO erfaßten Fall, daß eine analoge Anwendung dieser Vorschrift nicht gerechtfertigt erscheint. Wesentlich für diese Bewertung ist zunächst der Umstand, daß von vornherein eindeutig erkennbar ist, wer durch die Vereinbarung der KVK gesichert ist: der den Kredit gewährende Warenlieferant nämlich. Das durch die Aufrechnung begünstigte Unternehmen steht also - anders als im BGH-Fall - definitiv fest. Ebenso besteht kein Zweifel darüber, daß gegen eine vor Konkurseröffnung entstandene Forderung aufgerechnet werden wird. Die bezüglich der Auswahl dieser Forderung bestehende Ungewißheit ist im Rahmen des § 55 S. 1 Nr. 1 KO unbeachtlich; denn die durch die KVK gesicherte Forderung steht fest. Durch die Wahl der Gegenforderung kann sich der Konzernverbund demnach keinen zusätzlichen Vorteil verschaffen, der zu einer unangemessenen Benachteiligung der Gläubigersamtheit führen kann. Hier besteht der wesentliche Unterschied zu der BGH-Entscheidung: dort führt das Gericht aus, daß die Aufrechnungsmächtigung

vereinbart wurde, um auch den anderen Konzernunternehmen die Möglichkeit zu erhalten, gegebenenfalls ihrerseits aufrechnen zu können ³³⁾. Bei einer KVK in Verkaufsbedingungen besteht diese Möglichkeit hingegen nicht. Es handelt sich nämlich nicht um eine Aufrechnungsermächtigung, sondern um eine Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Warenlieferanten, daß letzterer die Verbindlichkeiten seiner Konzernangehörigen bei dem Käufer im Wege der Aufrechnung begleichen kann ³⁴⁾. Dadurch wird zwar im Zeitpunkt der Vereinbarung der KVK noch keine Aufrechnungslage geschaffen; denn die KVK als Aufrechnungsvorvertrag beinhaltet ja nur den Verzicht auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit, während Gleichartigkeit und Fälligkeit bzw. Erfüllungbarkeit der Forderungen weiterhin gegeben sein müssen ³⁵⁾. Hierin besteht aber kein wesentlicher Unterschied zu dem Fall, daß ein Aufrechnungsvorvertrag nur bezüglich solcher Forderungen vereinbart wird, die der künftige Gemeinschuldner gegen den Warenlieferanten besitzt oder in Zukunft erwerben wird. In beiden Fällen steht fest, daß aufgerechnet werden kann und wer dazu berechtigt sein soll. Das gleiche gilt für den Gläubiger der zu bestimmenden Forderung. Daß diese Forderung noch nicht benannt wird, ist unumgänglich: denn im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages steht noch gar nicht fest, welche Forderungen im Falle des Käuferkonkurses überhaupt bestehen werden. Eine solche Bestimmung kann daher auch nicht verlangt werden. Entscheidend ist nur,

33) BGH Z 81, 15, 19.

34) Zur dogmatischen Einordnung siehe oben Teil II 1. Abschn. I. 2. bb.

35) Siehe oben Teil II 1. Abschn. I. 2. b. cc.

daß die Aufrechnungslage in jedem Fall vor Konkurseröffnung entstanden ist; denn nach diesem Zeitpunkt kann der Gemeinschuldner ja keine Forderungen mehr gegen eines der Konzernunternehmen erwerben³⁶⁾. Das Ziel des § 55 KO ist es aber nicht, vor Konkurseröffnung bestehende Aufrechnungslagen zu beseitigen. Die Vorschrift soll verhindern, daß eine nach Konkurseröffnung entstandene Aufrechnungslage zu Lasten der Konkursmasse ausgenutzt wird. Eine vorher entstandene Aufrechnungslage soll im Gegensatz dazu durch § 53 KO geschützt werden³⁷⁾. Da keine entgegenstehenden Gesichtspunkte erkennbar sind, muß dies auch für eine in Verkaufsbedingungen enthaltene KVK gelten.

Ergebnis: Die Vereinbarung einer KVK in Einkaufsbedingungen scheitert an der analogen Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO.

Die Vereinbarung einer KVK in Verkaufsbedingungen hingegen scheitert weder direkt noch analog an § 55 KO.

2. Konkursrechtliche Anfechtbarkeit einer KVK in Verkaufsbedingungen

Dem Ziel, die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger zu sichern, dient neben dem Aufrechnungsverbot des § 55 KO der Regelungskomplex der Konkursanfechtung in den §§ 29 ff. KO. Diese Vorschriften räumen dem Konkursverwalter das Recht ein³⁸⁾, sachlich ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen, welche zu einer Verkürzung der Konkursmasse geführt haben, rückgängig zu machen³⁹⁾. Der dadurch

36) Diese Möglichkeit hätte nur noch der Konkursverwalter gem. § 6 II KO.

37) Vgl. auch §§ 389, 392, 406 BGB, 54 VerglO.

38) Siehe § 36 KO.

39) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 29 Rz 1.

erreichte Schutz der übrigen Konkursgläubiger reicht zurück auf einen früheren Zeitpunkt als den der formellen Konkurseröffnung⁴⁰⁾. Während eine KVK in Einkaufsbedingungen entsprechend dem oben Gesagten bereits an der analogen Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO scheitert und deshalb unwirksam ist, muß im folgenden geprüft werden, ob die grundsätzlich wirksame Vereinbarung einer KVK in Verkaufsbedingungen dann angefochten werden kann, wenn sie in den kritischen Zeitraum fällt; das hätte zur Folge, daß die Forderung des Gemeinschuldners nicht untergegangen ist. Bevor eine solche Prüfung jedoch vorgenommen werden kann, muß zunächst festgestellt werden, ob die Anfechtungsregeln überhaupt noch anwendbar sind, wenn die Aufrechnung nach den §§ 53 ff. KO zulässig ist.

a. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln

Teile des Schrifttums⁴¹⁾ vertreten die Auffassung, die Anfechtungsregeln seien nicht mehr anwendbar, falls eine Aufrechnung gem. den §§ 53 ff. KO zulässig sei.

Dies wird damit begründet, daß eine nach §§ 53 ff. KO zulässige Aufrechnung keine Benachteiligung der Konkursgläubiger darstellen könne⁴²⁾.

Der BGH wendet sich ausdrücklich gegen diese Auffassung⁴³⁾. Er tut das mit dem überzeugenden Hinweis darauf, daß zwar die Aufrechnung selbst zulässig sei, falls die Voraussetzungen des § 55 KO nicht vorliegen; trotzdem aber könnten die Voraussetzungen solch einer zulässigen Aufrechnung in anfechtbarer Weise hergestellt worden

40) BGH WM 1963, 748, 749; BGH Z 59, 230, 232.

41) Brodmann, ZHR 48 (1899), 121, 169, 170; Meyer-Cording, S. 119; RGRK HGB, 1. Aufl. (Gadow), Anhang zu § 363, Anm. 13.

42) Vgl. Meyer-Cording, S. 119.

43) BGH WM 1972, 633, 634 unter b. und c.

sein⁴⁴⁾. Diese Ansicht ist m. E. zutreffend⁴⁵⁾, denn sie differenziert zwischen den beiden Komplexen - Herstellung der Aufrechnungslage und Vollzug der Aufrechnung - und zieht daraus die Konsequenz, daß beide Komplexe getrennt zu untersuchen sind. Die konkursrechtliche Zulässigkeit des einen Vorgangs - Vollzug der Aufrechnung - vermag mithin nicht die Unangreifbarkeit des anderen Vorgangs - Herstellung der Aufrechnungslage - zu begründen. Grundsätzlich besteht demnach die Möglichkeit, daß unter den Voraussetzungen der §§ 29 ff. KO die Vereinbarung einer KVK angefochten werden kann.

b. Voraussetzungen der Anfechtbarkeit

aa. § 30 Nr. 2 KO

Als einschlägige Norm kommt vor allem § 30 Nr. 2 KO in Betracht. Danach sind solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners während der kritischen Zeit anfechtbar, durch welche dieser einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, die er nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Hinzu kommen muß noch die entsprechende Kenntnis des Konkursgläubigers, deren Nichtvorliegen er zu beweisen hat.

Erforderlich ist also zunächst eine Rechtshandlung. Hierbei braucht es sich jedoch - anders als in § 31 KO - nicht um eine solche des Gemeinschuldners zu handeln⁴⁶⁾. Die Vereinbarung der KVK zwischen Warenlieferant

44) BGH NJW 1972, 633, 634 unter b. und c.

45) So auch Joussen, a.a.O., S. 282.

46) BGH KTS 1969, 244, 245 unter b.; Lent in: Jaeger, § 29 Anm. 11.

und Käufer - dem künftigen Gemeinschuldner - stellt eine Rechtshandlung i.S. des § 30 Nr. 2 KO dar. Durch diese Rechtshandlung erlangt der Warenlieferant auch eine Sicherung, denn er kann im Konkursfalle wirksam aufrechnen⁴⁷⁾ und ist dadurch für seine Forderung aus der Warenlieferung gesichert.

Es müßte sich schließlich um eine Sicherung handeln, die der Warenlieferant nicht, nicht in der Art oder zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Auch diese Voraussetzung ist bei der Vereinbarung einer KVK gegeben. Zwar gestattet § 267 BGB die Tilgung einer fremden Schuld ohne Einwilligung des Schuldners. Das gilt aber grundsätzlich nicht für die Erfüllungssurrogate⁴⁸⁾. Es ist daher eine Vereinbarung mit dem Gläubiger der aufzurechnenden Gegenforderung erforderlich. Ohne diese Vereinbarung kann der Warenlieferant seine Forderung nicht in der gewünschten Weise sichern. Die Vereinbarung einer KVK stellt daher eine Sicherung dar, die der Lieferant sonst nicht hätte beanspruchen können.

Wenn demnach die Vereinbarung der KVK in die kritische Zeit fällt, und der Warenlieferant seine Unkenntnis von diesem Umstand oder einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nicht zu beweisen vermag, steht dem Konkursverwalter ein Anfechtungsrecht gem. § 30 Nr. 2 KO hinsichtlich der Vereinbarung der KVK zu.

bb. § 31 Nr. 1 KO

Dieses Recht steht dem Konkursverwalter gem. § 31 Nr.

47) Siehe oben Teil II 3. Abschn. II. 1. c.

48) Siehe oben Teil II 1. Abschn. I. 2. a.

1 KO ebenso zu, falls der Gemeinschuldner in der Absicht gehandelt hat, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen und dem Warenlieferanten diese Absicht auch bekannt war.

Ergebnis zum dritten Abschnitt:

1. Die Vereinbarung einer KVK in Einkaufsbedingungen scheitert an der analogen Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO.
2. Die Vereinbarung einer KVK in Verkaufsbedingungen scheitert weder direkt noch analog an dem Aufrechnungsverbot des § 55 KO. Eine Vereinbarung dieses Rechtsinstituts ist jedoch - wenn sie in den bezeichneten Zeitraum fällt und die übrigen Voraussetzungen gegeben sind - anfechtbar gem. §§ 30 Nr. 2 und 31 Nr. 1 KO.

Gesamtergebnis:

Die vorliegende Untersuchung ist zu folgenden wesentlichen Ergebnissen gelangt:

1) Die Vereinbarung einer KVK im Individualvertrag ist unbedenklich ¹⁾. Das gleiche gilt hinsichtlich ihrer Einbeziehung in den Individualvertrag über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Konzernunternehmens ²⁾. Im Konkurs des Vertragspartners scheitert die KVK in Einkaufsbedingungen an der analogen Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KO ³⁾; eine KVK in Verkaufsbedingungen hingegen ist uneingeschränkt wirksam ⁴⁾.

2) Die Wirksamkeit des KEV als Kreditsicherungsmittel hängt wesentlich von der Auslegung bzw. Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts ab.

a) Die Auslegung des KEV hat zu dem Ergebnis geführt, daß unter dem Begriff "künftige Forderungen" nur solche zu verstehen sind, die bis zu einem Kontoausgleich zwischen Verkäuferkonzern und Vorbehaltskäufer entstanden sein werden ⁵⁾. Ein so verstandener KEV ist individualvertraglich vereinbart uneingeschränkt zulässig ⁶⁾. Als Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Warenlieferanten scheitert er nur dann nicht an § 9 II Nr. 2 AGBG, wenn eine Beschränkung auf solche Forderungen des Konzernverbundes erfolgt, die mit dem Vorbehaltskauf in einem Sach-

1) Siehe oben Teil II 1. Abschn. II.

2) Siehe oben Teil II 2. Abschn. II. - IV.

3) Siehe oben Teil II 3. Abschn. II. 1. b. aa.

4) Siehe oben Teil II 3. Abschn. II. 1. b. bb.

5) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. a. cc.

6) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. b. und c.

zusammenhang stehen⁷⁾.

b) Für das Verhältnis eines verlängerten KEV zu der Globalzession gilt: Die Globalzession ist nur insoweit sittenwidrig, als Sie mit der Vorausabtretung zugunsten der ursprünglichen Kaufpreisforderung konkurriert; nach Eintritt des Erweiterungsfalles gilt der Grundsatz der Priorität⁸⁾.

c) Ein KEV, der auf alle denkbaren künftigen Forderungen ohne Begrenzung auf einen Kontoausgleich ausgedehnt wird, scheitert im individualvertraglichen Bereich an § 138 I BGB⁹⁾; als Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Warenlieferanten ist er unwirksam gem. § 9 II Nr. 2 AGBG¹⁰⁾. Daran ändert auch eine Beschränkung auf die Forderungen aus einem Sachzusammenhang nichts¹¹⁾. Die gleichzeitige Einräumung einer Veräußerungsermächtigung bewirkt die Zulässigkeit dieser Variante des KEV nur dann, wenn es sich bei dem Vorbehaltsgut um Handelsware handelt¹²⁾.

d) Im Konkurs des Vorbehaltstkäufers vermitteln die zulässigen Varianten des KEV dem Vorbehaltstkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises ein Aussonderungsrecht an dem Kaufgegenstand, nach diesem Zeitpunkt ein Recht auf abgesonderte Befriedigung¹³⁾.

Die durch den KEV erfaßten Rechtsgeschäfte werden nicht zu einem Einheitsschuldverhältnis i.S. des § 17 KO zusammengefaßt¹⁴⁾.

7) Siehe oben Teil I 2. Abschn. IV. 2. b.

8) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. d.

9) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. d. bb. (3) (e). u. (f).

10) Siehe oben Teil I 2. Abschn. IV. 3. b.

11) Siehe oben Teil I 2. Abschn. IV. 3. b.

12) Siehe oben Teil I 1. Abschn. II. 3. e. dd. und 2. Abschn. IV. 3. c.

13) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 1.

14) Siehe oben Teil I 3. Abschn. II. 2. b.

Lebenslauf

Am 5. Januar 1958 wurde ich, Stephan Reiners, als einer von zwei Söhnen des späteren Rechtsanwaltes und Notars Richard Reiners und seiner Ehefrau Gisela, geborene Bangen, in Duisburg-Ruhrort geboren.

Nach dem Besuch der Gutenbergschule in den Jahren 1965-1968 wechselte ich auf das städtische Landfermann-Gymnasium in Duisburg, auf dem ich im Juni 1975 das Abitur bestand.

Im Oktober 1977 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften in Münster, welches ich am 14. Dezember 1982 mit dem Referendarexamen vor dem Justizprüfungsamt in Düsseldorf abschloß. Im unmittelbaren Anschluß daran begann ich, an meiner Promotion zu arbeiten.

Seit dem 1. Juli 1984 bin ich Referendar bei dem Oberlandesgericht in Düsseldorf.

Am 19. September 1985 habe ich die Rechtsreferendarin Carola Reiners, geborene Weischenberg, geheiratet.



